LICEITÀ LEGITTIMITÀ E RESPONSABILITÀ DELL'AMMINISTRAZIONE

ELISA SCOTTI

LICEITÀ LEGITTIMITÀ E RESPONSABILITÀ DELL'AMMINISTRAZIONE

JOVENE EDITORE 2012

A mio padre

Auf Flügeln des Gesanges[*]
[H. Heine, *Lyrisches]*

[*] *Dalla dedica a Franca e Benedetto Nicolini* in Mario SCOTTI, *Tra poesia e cultura*, Modena, 2000.

INDICE

PARTE PRIMA

IL PROBLEMA DELLA RESPONSABILITÀ DA ATTO LECITO

CAPITOLO PRIMO

LEGALITÀ E DISUGUAGLIANZA

CAPITOLO SECONDO

ILLECITO E DISUGUAGLIANZA

CAPITOLO TERZO

BREVI CENNI AD ALCUNE SUGGESTIONI D'OLTRE FRONTIERA

PARTE SECONDA

LICEITÀ E RESPONSABILITÀ: I PERCORSI TEORICI

CAPITOLO PRIMO

LA DOTTRINA PUBBLICISTICA

CAPITOLO SECONDO

LA RESPONSABILITÀ DA ATTO LECITO NEI PERCORSI DELLA CIVILISTICA ITALIANA

PARTE TERZA

LA PRATICA DEI DIRITTI

CAPITOLO PRIMO

RESPONSABILITÀ DA ATTO LECITO E LESIONE DI INTERESSI PATRIMONIALI

CAPITOLO SECONDO

RESPONSABILITÀ DA ATTO LECITO E INTERESSI NON PATRIMONIALI

PARTE PRIMA

IL PROBLEMA DELLA RESPONSABILITÀ DA ATTO LECITO

CAPITOLO PRIMO

LEGALITÀ E DISUGUAGLIANZA

SOMMARIO: 1. Amministrazione e principio di uguaglianza. – 2. Liceità, disuguaglianza e legalità: l'ipotesi della ricerca. – 3. Cenni sul metodo.

1. *Amministrazione e principio di uguaglianza*

Che la cura dell'interesse pubblico – dell'interesse cioè generale, di tutti[1] – generi ora sacrifici ora benefici, distribuendoli in modo ora generale ora singolare, sembra costituire un modo di essere dell'amministrare, ineliminabile portato di ogni scelta pubblica: ineliminabile rispetto al diritto amministrativo sembra cioè la produzione di diseguaglianze[2].

Se, sul piano storico, tale modo di essere è stato immediatamente percepito come problema in relazione a taluni interessi forti (essenzialmente quelli proprietari[3]) per i quali, ancora di re-

---

[1] Per questo modo di concepire l'interesse pubblico, ALB. ROMANO, *Amministrazione, principio di legalità e ordinamenti giuridici*, in *Dir. amm.*, 1999, 111 ss.

[2] Come segnala, in generale, S. CASSESE, *Teoria e pratica dell'eguaglianza*, in *Giorn. dir. amm.*, 2000, 1156 ss.; con specifico riguardo all'urbanistica, P. STELLA RICHTER, *Natura ed efficacia dei piani regolatori*, in *Giust. civ.*, 1964, I, 1971; e, in relazione ai poteri emergenziali, R. CAVALLO PERIN, *Il diritto amministrativo dell'emergenza per fattori esterni all'amministrazione pubblica*, in *Dir. amm.*, 2005, 777 ss.

[3] Dando così luogo alle garanzie indennitarie per gli espropri, che affondano le loro radici nella *Pax Augustea* quale tassello di una politica volta a ristabilire l'equità e a metter fine alle guerre civili; sul *Monumentum Ancyranum* (scoperto nel 1861, edito per la prima volta da Th. Mommsen, *Res gestae divi Augusti*, Berlin 1865) si legge (al cap. 16, 1) che il *princeps* pagò ingenti somme di denaro ai municipi in risarcimento per i terreni che aveva assegnato ai soldati. La somma che versò per i poderi italici

cente, sganciati da una prospettiva di *status*[4], si è rievocata l'idea del «*terribile diritto*»[5], la questione appare oggi ancor più urgente in relazione agli interessi diversi dalla proprietà e a quelli inerenti non al patrimonio ma alla persona[6].

E ciò non solo e non tanto in una prospettiva liberale (o meglio liberista[7]) di primazia dell'individuale sul sociale, di Stato mi-

---

consisteva in circa seicento milioni di sesterzi; e circa duecentosessanta milioni furono pagati in risarcimento dei terreni provinciali.

[4] Per una concezione della proprietà legata, in una prospettiva istituzionale, al concetto «*di soggezione di una* res *alla potestà di autonomia privata*» sicché «*proprietà è situazione reale di disponibilità nell'ambito dell'autonomia privata e pubblica*» e non più astratto diritto soggettivo. Di qui il monito: «*Vi sono beni la cui rilevanza è, per così dire, spaziale; contengono altri beni e soprattutto uomini e istituzioni. Così le case, così la terra, che 'contiene tutto'. Non si può quindi prescindere dagli ordinamenti che sorgono ed operano nella casa e nella terra*» SALV. ROMANO, *Sulla nozione di proprietà*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960 e ora in *Scritti minori*, II, Milano, 1980, 925 ss.; sullo *status* e le sue moderne valenze, M. RICCIARDI, *Status. Genealogia di un concetto giuridico*, Milano, 2008.

[5] S. RODOTÀ, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*, Bologna, 1990 (II ed. accresciuta; I ed., 1981) che richiama il sovversivo dubbio di Beccaria sul diritto di proprietà «*terribile, e forse non necessario diritto*» (C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Livorno, 1764, XXII); D. SORACE, *Espropriazione per pubblica utilità*, in *Dig. disc. pubbl.*, 1991, 203.

[6] G. CALABRESI, P. BOBBITT, *Tragic Choices*, Norton & Co., New York, 1976 (*Scelte tragiche*, trad. it. a cura di C.M. Mazzoni e V. Varano, Milano, 1986; II ed. a cura di V. Grambi, Milano, 2006).

[7] Al riguardo si vedano le interessanti osservazioni di G. DE RUGGERO (*Storia del liberalismo europeo*, Milano, 1962), il quale sottolinea come «*un terzo ordine di funzioni dello Stato liberale concerne la più mobile sfera degli interessi amministrativi, economici e generalmente sociali. Originariamente il liberalismo si è mostrato ostile o restio a riconoscere questa categoria di attribuzioni, giudicando lo Stato incompetente o meno atto dei privati a trattare questioni che riguardano essenzialmente interessi privati. … La massima dei manchesteriani … consisteva pertanto nel minimizzare le funzioni dello Stato, riconducendole, per quanto fosse possibile, al limite della conservazione dell'ordine politico e poliziesco. … Ma col tempo, queste prevenzioni anti-statali si sono andate gradualmente attenuando …. La stessa esigenza liberale che tutte le forze della società fossero in grado di concorrere efficacemente tra loro e che a nessuna fosse sottratta … la propria chance, ha suggerito delle misure sempre più numerose dell'intervento, che nell'apparenza di limitare la libertà di particolari, in realtà promuovevano il libero movimento d'insieme …. Così la funzione sociale e culturale in genere hanno acquistato un'importanza sempre maggiore*». L'idea dell'antinomia tra Stato liberale e funzioni sociali dell'amministrazione appare legata all'equivoca identificazione tra liberismo economico e

nimo che non deve interferire nelle sfere individuali alterando le posizioni di partenza e gli equilibri dati, quanto piuttosto nell'opposta logica di Stato di diritto delineata dalla Costituzione[8], cioè di legalità fondata sulla giustizia, vale a dire sull'uguaglianza sostanziale e sulla solidarietà in relazione ai diritti fondamentali[9] e sull'idea della ripartizione dei costi connessi all'attività amministrativa in base a principi distributivi e non a criteri puramente casuali[10].

Il problema dunque è di uguaglianza sostanziale e riguarda non la disuguaglianza in generale ma le disuguaglianze intollerabili[11], che limitano il pieno sviluppo della persona e che ledono i suoi diritti, eppure necessarie o comunque inevitabili per la realizzazione degli interessi generali della collettività.

---

liberalismo politico: momenti che devono invece essere tenuti nettamente distinti. Per l'essenziale contributo sul tema che, com'è noto, si deve a Benedetto Croce e a Luigi Einaudi, si v. B. CROCE, L. EINAUDI, *Liberismo e liberalismo*, a cura di P. Solari, MilanoNapoli, 1957 (di B. Croce sono ripubblicati i seguenti scritti: I. *La concezione liberale come concezione della vita;* II. *Liberismo e liberalismo;* III. *La religione della libertà;* IV. *Le fedi religiose opposte;* V. *I partiti politici e il loro carattere opposto;* VI. *Vita morale e ordinamenti economici;* VII. *Perpetuità ideale e formazioni storiche;* VIII. *Principio, ideale, teoria. A proposito della teoria filosofica della libertà;* IX. *Forze vitali e forze morali. Economia politica ed etica;* X. *Libertà e giustizia;* XI. *Ancora di liberalismo, liberismo e statalismo;* XII. *Parità degli uomini nella libertà*).

8 Per l'essenziale connessione tra ambito della responsabilità e dello Stato di diritto P. HÄBERLE, *Stato costituzionale*, *I*, *Principi generali*, in *Enc. giur.*, XXX, Roma, 2000; R. BIFULCO, *La responsabilità dello Stato per atti legislativi*, Padova, 1999, *passim*, ma spec. 45 ss.

9 Sulla problematicità della nozione di *diritto fondamentale*, L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico* (a cura di E. VITALE), Bari, 2008 (terza ed.; I ed. 2001). Con questa consapevolezza si farà riferimento a tale nozione nel nostro studio, in relazione a quegli interessi non patrimoniali suscettibili di essere considerati nel quadro dell'ordinamento giuridico come indisponibili, soprattutto nei rapporti tra persona e potere pubblico.

10 Per l'inquadramento dell'amministrazione (e della sua legalità) in questo disegno costituzionale v. ALB. ROMANO, *Giurisdizione amministrativa e limiti della giurisdizione ordinaria*, Milano, 1975, 282 ss. spec. 290; D. SORACE, *Gli indennizzi espropriativi nella Costituzione: fra tutela dell'affidamento, esigenze risarcitorie e problemi della rendita urbana*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1989, 405.

11 Per l'idea della disuguaglianza inaccettabile A.K. SEN, *Inequality Reexamined*, Oxford, Oxford University Press, 1992 (*La diseguaglianza. Un riesame critico*, trad. it. di A. Balestrini e G.M. Mazzanti, Bologna, 2010).

Sono, queste, disuguaglianze da correggere?

L'interrogativo interseca i percorsi di trasformazione della legalità e del rapporto tra amministrazione e persona e, in particolare, l'abbandono della logica, di matrice ottocentesca, fondata sulla relazione autorità-libertà e l'emergere di una legalità dell'amministrazione implicante la garanzia dei diritti inviolabili dell'uomo e dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale in funzione dell'uguaglianza sostanziale degli individui[12].

È questa una trasformazione dell'ordinamento amministrativo che coinvolge l'amministrazione come istituzione[13]: i suoi fini, i suoi princìpi e i limiti, non solo interni ma anche esterni, dei suoi poteri[14]. E la sua legalità[15]. E che si colloca oltre le tradizionali concezioni dell'agire nel rispetto formale della legge, della legalità sostanziale degli interessi e, secondo le più recenti tendenze, dell'amministrazione di risultato[16].

La tutela dei diritti in uno con il principio di uguaglianza nella sua dimensione solidaristica penetra dunque nell'ordinamento amministrativo e lo informa. Le sue espressioni tipiche

---

[12] Per tale parabola, ALB. ROMANO, *Il cittadino e la pubblica amministrazione*, in *Il diritto amministrativo degli anni '80*, *Atti del XXX Convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, Milano, 1987, 155.

[13] Per un generale inquadramento dell'amministrazione come istituzione, ALB. ROMANO, *Introduzione*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, cit., I, 1.

[14] Nel senso che l'amministrazione risponda ad un ordine istituzionale, composto di princìpi e di limiti, che costituiscono la sua specifica «validità» (comprensiva anche dei princìpi di efficienza e di economicità), si v. R. CAVALLO PERIN, *Validità del provvedimento e dell'atto amministrativo*, cit., 618-619.

[15] Per un inquadramento della legalità nella prospettiva istituzionale si v. ALB. ROMANO, *Amministrazione, principio di legalità e ordinamenti giuridici*, cit.; per le evoluzioni della legalità nel contesto di diritto comune, si v. V. CERULLI IRELLI, *Diritto privato dell'amministrazione pubblica*, Torino, 2008.

[16] Su cui L. IANNOTTA, *Previsione e realizzazione del risultato nella pubblica amministrazione: dagli interessi ai beni*, in *Dir. amm.*, 1999, 57 ss., per il quale amministrazione di risultato implica *le cose ben fatte e le persone soddisfatte.* Per una generale riflessione sul tema, *Principio di legalità e amministrazione di risultati. Atti di convegno. Palermo 27-28 febbraio 2003*, a cura di M. Immordino, A. Police.

sono: l'amministrazione di prestazione, i servizi pubblici, lo Stato sociale e l'interesse pretensivo. In queste sue dimensioni è stato principalmente colto e studiato[17].

Per ciò che riguarda l'azione amministrativa non di prestazione, il principio è stato essenzialmente svolto nelle sue dimensioni dell'imparzialità, ragionevolezza e proporzionalità delle scelte compiute dalla pubblica amministrazione dell'esercizio dei suoi poteri discrezionali[18]. Si è così apprestata una tutela avverso la disuguaglianza e la disparità di trattamento fondandola sul rispetto di tali princìpi, secondo la più lata accezione sostanziale del principio di legalità[19].

Emerge tuttavia oggi l'esigenza di ripensare tutta l'azione amministrativa, anche quella non di prestazione, in una prospettiva di più radicale uguaglianza, nel suo senso di più piena ed effettiva tutela ed attuazione dei diritti della persona.

2. *Liceità, disuguaglianza e legalità: l'ipotesi della ricerca*

Alle disuguaglianze di base, che l'azione amministrativa deve tendere a rimuovere[20], si affiancano infatti, e non sono meno importanti, le disuguaglianze create dall'azione amministrativa, che non solo distribuisce vantaggi in modo ineguale ma

---

[17] R. CAVALLO PERIN, *I principi come disciplina giuridica del pubblico servizio tra ordinamento interno e ordinamento europeo*, in *Dir. amm.*, 2000, 41; A. MASSERA, *Uguaglianza e giustizia nel Welfare State*, in *Dir. amm.*, 2009, 1; H. CAROLI CASAVOLA, *Giustizia ed eguaglianza nella distribuzione dei benefici pubblici*, Milano, 2004; V. CERULLI IRELLI, *Impresa pubblica, fini sociali, servizi di interesse generale*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2006, 747 ss.

[18] La rilevanza di questi princìpi rispetto all'interesse pubblico si avverte quando la scelta si svolge sul piano politico - la dottrina ha approfondito il problema in A. CONTIERI, F. FRANCARIO, M. IMMORDINO, A. ZITO (a cura di), *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, Napoli, 2010.

[19] Per un'analisi dello sviluppo del principio in una prospettiva storica, B. SORDI, *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale*, Milano, 1985.

[20] Esito talora necessitato ove essi siano inerenti ai diritti fondamentali, ormai condizionanti la finanza pubblica e non da questa condizionati; sul punto v. A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, in *Enc. giur.*, 1999, 21 ss.; ID., *Diritti sociali*, *ibid.*

che, sempre in modo diseguale, dispensa oneri, generando danni e nuove disuguaglianze.

La produzione di disuguaglianze sembra dunque inerire all'azione amministrativa.

E, in primo luogo, alla sua azione antigiuridica. In tale ipotesi, anzi, la disuguaglianza sarà aggravata per il fatto che essa costituisce un esito non voluto né tollerato dall'ordinamento: essa costituisce dunque un evento patologico, un *danno ingiusto*, da rimuovere per tutelare la posizione lesa e nel contempo ristabilire l'uguaglianza dei consociati rispetto all'azione pubblica. Tutto il problema dell'illecito della p.a., come si vedrà[21], sembra potersi rileggere come problema di uguaglianza e prestarsi ad un ripensamento che conduca ad un modello coerente con il modo di essere dell'amministrazione e con l'esigenza di non distribuire in modo disuguale i costi delle disfunzioni pubbliche, secondo quanto previsto dagli artt. 2, 3, 23 e 53 Cost. e secondo quanto oggi impone agli Stati la tutela europea della concorrenza, e cioè della *par condicio* delle imprese sul mercato.

Il medesimo problema si presenta anche in via «fisiologica», allorché l'amministrazione agisca conformemente al diritto[22]: si pensi ai noti problemi dei danni generati dai trattamenti sanitari obbligatori o ai danni derivanti dalle localizzazioni di opere pubbliche pericolose, nocive o comunque degradanti, ovvero ancora alle discriminazioni insite nelle pianificazioni urbanistiche[23].

Evidenti, per quanto inevitabili, appaiono dunque le sperequazioni che l'azione amministrativa reca con sé; ma nel con-

---

[21] Sul punto v. il prossimo Capitolo II.

[22] Com'è noto si deve alla relazione tenuta da GUIDO CORSO al LIV Convegno di studi di scienza dell'amministrazione tenutosi a Varenna, (Villa Monastero), nel settembre 2008, l'aver riportato il tema all'attenzione della dottrina. La relazione dal titolo *La responsabilità della pubblica amministrazione da attività lecita* è stata poi pubblicata prima in *Dir. amm.*, 2009, 203 ss. e poi negli Atti del convegno (*Responsabilità della Pubblica Amministrazione per lesioni di interessi legittimi*, Milano, 2009).

[23] Al riguardo, si v., ancora, P. STELLA RICHTER, *Natura ed efficacia dei piani regolatori*, cit.

tempo si accresce la percezione dell'inadeguatezza del corrente approccio alla legalità, indifferente a tali disuguaglianze e che, anzi, ad esse offre una legittimazione teorica e pratica, una volta che tutti gli interessi coinvolti siano stati ascoltati e correttamente valutati.

Si manifesta, alle volte attraverso accesi conflitti sociali e istituzionali, il disagio per una concezione che dall'interesse generale ha tradizionalmente derivato non solo la soccombenza degli interessi privati contrapposti ma anche la mancata riparazione dei pregiudizi imposti al singolo (o in generale agli interessi, talora diffusi) e che, nelle retoriche più moderne ha colto in tale dinamica l'attuazione dei doveri solidaristici imposti dall'art. 2 Cost.[24]. Ebbene, tale solidarietà imposta, quando tocca diritti della persona, appare oggi come un velo che cela il persistere, in importanti aree del nostro diritto pubblico, di una concezione autoritaria dell'interesse pubblico e del potere: le vicende dell'attuazione coattiva di scelte implicanti disuguaglianze inaccettabili lo dimostra, così come la frequente semplificazione, a monte, dei procedimenti decisionali, chiusi all'ascolto e alla mediazione con i portatori degli interessi in conflitto, al fine di evitare dilemmi e tragedie di anticomuni[25].

Ma se si considera che l'interesse pubblico si identifica con l'interesse generale, cioè di tutti, emerge, sul piano giuridico, l'il-

---

[24] Si v. le pronunce della Corte cost. che, richiamandosi ai doveri di solidarietà, legittimano sottocompensazioni di danni gravi alla salute dovuti a vaccinazioni obbligatorie. Il tema sarà affrontato nella Parte III, Capitolo II.

[25] Rappresentati soprattutto attraverso l'analisi economica; sul punto v. le osservazioni di A. MACCHIATI, G. NAPOLITANO, *Introduzione* in *È possibile realizzare le infrastrutture in Italia?*, a cura di A. Macchiati, G. Napolitano, Bologna, 2009, 7 ss. che si riportano allo studio di M. HELLER, *The Tragedy of the Anticommons: Property in Transition from Marx to Markets*, in *Harvard Law Review*, 1998, 621 ss.; sul punto v. inoltre F. SCHARPF, *The Joint Decision Trap: Lessons from German Federalism and European Integration* in *Public Administration*, 1998, 239 ss. e, in una prospettiva filosofico-giuridica, con specifico riguardo al dissenso rispetto a scelte incidenti su diritti, J. WALDRON, *Law and disagreement.* Oxford: Clarendon Press, 1998.

legalità del porre il peso di tale interesse a carico di un singolo o di una minoranza sventurata[26].

Se effettivamente, in astratto, il principio solidaristico potrebbe legittimare sia il sacrificio dell'individuo nell'interesse della comunità sia, all'opposto, il dovere della comunità di riparare i danni generati al singolo, nella realtà del nostro ordinamento costituzionale, ispirato al principio personalistico, questa seconda via si impone: la garanzia del singolo costituisce essa stessa «*esigenza della comunità*»[27].

La proposizione di partenza deve dunque essere ribaltata. A doversi giustificare non tanto è il dovere di compensare i sacrifici imposti ai singoli quanto, al contrario, è il *potere* di lasciare i danni là dove cadono che deve trovare una ragione fondativa coerente con il disegno costituzionale dell'amministrazione e dell'imposizione di prestazioni a privati; e con la tutela multilivello dei diritti che non tollera l'intrusione dei pubblici poteri nella vita privata e familiare degli individui e pretende il rispetto della loro sfera patrimoniale[28].

Secondo questa prospettiva anzi è il sacrificio individuale per il bene comune che si rivela meritevole, più di ogni altro sacrificio, una piena riparazione da parte della collettività.

L'unica alternativa a tale riparazione che parrebbe compatibile con il sistema costituzionale sarebbe attuare i principi che presiedono alle prestazioni imposte nelle singole vicende di danno[29]. E così, ad esempio, in un'espropriazione occorrerebbe prendere in considerazione non il generico valore dell'immobile espropriato ma l'intero patrimonio del singolo, considerandone

---

[26] Per l'apertura di questa prospettiva, ALB. ROMANO, *Giurisdizione amministrativa e limiti della giurisdizione ordinaria*, cit., 282 ss.

[27] Così E. CANNADA BARTOLI, *Introduzione alle responsabilità della pubblica amministrazione*, in *La responsabilità della pubblica amministrazione* a cura di E. Cannada Bartoli, Torino, 1976, 21 ss.

[28] Sulla tutela offerta dagli ordinamenti sovranazionali alla sfera patrimoniale e personale degli individui si rinvia alla Parte III, Capitoli I e II.

[29] D. SORACE, *Espropriazione*, cit., 205.

la consistenza, la destinazione e gli usi dei beni (se prima casa, se bene produttivo ecc.), e applicare così nella specifica vicenda parametri di tipo fiscale ed essenzialmente il principio di capacità contributiva su base personale o patrimoniale[30].

Plurime sono le convergenze che spingono verso una legalità inclusiva di un generale principio di riparazione dei danni causati ai singoli e alle minoranze per il bene comune: innanzitutto l'accresciuta sensibilità, non solo giuridica, verso l'uguaglianza[31]; il rafforzamento, nell'attuale sistema *multilivello*, della tutela delle posizioni del cittadino (siano esse diritti o interessi legittimi qui non rileva[32]) nei confronti del potere pubblico, anche legislativo[33]; l'emergere di nuovi interessi coessenziali alla

---

[30] D. SORACE, *Gli indennizzi espropriativi nella Costituzione: fra tutela dell'affidamento, esigenze risarcitorie e problemi della rendita urbana*, cit., 431 ss., che, in relazione all'indennità di esproprio, sottolinea in senso critico la «*mancata considerazione di tutti gli interessi connessi all'uso dell'immobile espropriato dotati di particolare rilievo costituzionale al fine di garantire la piena e sicura riparazione del loro sacrificio*», evidenziando la sostanza di una prestazione patrimoniale imposta nella sottocompensazione.

[31] Per averne un saggio si pensi alla larga diffusione del contributo di JOHN. RAWLS (e in particolare del suo volume *A Theory of Justice*, Cambridge, Belknap, 1971, trad. it. a cura di S. MAFFETTONE, *Una teoria della giustizia*, Milano, 2009) e di AMARTYA K. SEN, premio Nobel per l'economia nel 1998 (A.K. SEN, *Choise, Welfare and Measurement*, Oxford, 1982 (*Scelta, benessere, equità*, a cura di S. ZAMAGNI, Bologna, 1986).

[32] Al riguardo si v. il monito di A. ROMANO TASSONE, *Situazioni giuridiche soggettive*, in *Enc. dir.*, 1998, *ad vocem* che avverte doversi respingere la «*stessa tendenziale riconduzione* in unam *delle situazioni giuridiche soggettive del cittadino*» e della connessa «*compressione della dimensione giuridica del soggetto, le cui molteplici e multiformi esigenze di protezione*» non possono esser compendiate in una formula «*che ne appiattisce la diversità*».

[33] Si assiste in proposito al convergere di processi di maturazione culturale (per i quali si v., nel diritto amministrativo, secondo diverse prospettive A. ROMANO TASSONE, *Situazioni giuridiche soggettive*, cit.; L. FERRARA, *Situazioni soggettive nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Diz. dir. pubbl.* diretto da S. CASSESE, Milano, 2006, *ad vocem*), catalizzati nel ruolo risvolti applicativi da impulsi sovranazionali, come dimostrato dalla matrice comunitaria della regola di risarcibilità delle posizioni pretensive e come mostrato dall'attuale ruolo svolto dalle Corti di Lussemburgo e di Strasburgo nella difesa dei diritti di fronte alle ingerenze pubbliche lecite (o che tali appaiano secondo il diritto nazionale). Sul punto, in una prospettiva di realismo del

persona, quali quelli ambientali e paesaggistici, ordinati, come tali, intorno ai principi dello sviluppo sostenibile, sintesi di uguaglianza e di solidarietà[34]. Lo Stato di diritto, dunque, avanza[35].

Anche l'analisi economica del diritto sostiene tale evoluzione. Così, secondo l'impostazione classica, una data azione dovrebbe giustificare tutto il rischio, e cioè il costo, da essa creato. Ove non si considerino i danni generati sul presupposto formale della loro liceità si finirebbe per sottostimare i costi dell'azione amministrativa, soprattutto nella loro dimensione sociale. E si finirebbe così per perdere uno strumento e uno stimolo di efficienza delle scelte pubbliche.

Più in generale, l'evoluzione ora descritta sembra costituire il portato dell'affermarsi di una nuova visione non autoritativa dell'amministrazione, tenuta all'osservanza di princìpi fondamentali di *civiltà giuridica*, quali la correttezza, la buona fede, il non abuso, la proporzione degli equilibri, il rispetto degli affidamenti[36]. I quali esprimono un'amministrazione paritetica pur se

---

rapporto tra le Corti, S. CASSESE, *La giustizia costituzionale in Italia: lo Stato presente*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2012, 603.

[34] Si pensi alla concezione europea del paesaggio espressa nella Convenzione del 20 settembre del 2000, che riconosce che «*il paesaggio è in ogni luogo un elemento importante della qualità della vita delle popolazioni: nelle aree urbane e nelle campagne, nei territori degradati, come in quelli di grande qualità, nelle zone considerate eccezionali, come in quelle della vita quotidiana*». Sulla solidarietà come principio ordinante in materia ambientale v. F. FRACCHIA, *Lo sviluppo sostenibile. La voce flebile dell'altro tra protezione dell'ambiente e tutela della specie umana*, Napoli, 2010.

[35] Chiaramente la questione dei danni cagionati dall'amministrazione in modo non antigiuridico costituisce un'ulteriore frontiera della rilevanza e della tutela degli interessi, altrimenti di mero fatto, rispetto all'esercizio del potere pubblico. È in questo senso costituisce una frontiera ulteriore dello Stato di diritto, su cui, P. COSTA, D. ZOLO (a cura di), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Milano, 2006 (III ed.; I ed. 2002).

[36] ALB. ROMANO, *Conclusioni. Autoritarietà, consenso e ordinamento generale*, in *L'atto autoritativo. Convergenze e divergenze tra ordinamenti. Atti del convegno annuale dell'AIPDA, Bari, 30 settembre-1 ottobre 2011*, Milano, 2012; con specifico riguardo alla buona fede e all'affidamento, F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico, dagli anni trenta all'alternanza*, Milano, Giuffrè, 2001; ma già v. ID., *L'affidamento del cittadino*, Milano, Giuffrè, 1970.

unilaterale, che può incidere sulla sfera giuridica altrui prescindendo dal consenso, ma senza sconvolgere tale sfera e, cioè, ripristinando gli equilibri turbati.

Tali principi oggi implicano, secondo l'ipotesi che si tenterà di verificare in questo studio, che il risarcimento dei diritti pur legittimamente sacrificati nell'interesse generale e, più ampiamente, la compensazione dei danni e delle disuguaglianze derivanti dall'azione amministrativa diventino oggi oggetto di un preciso dovere giuridico per l'amministrazione, di un nuovo parametro della legalità dell'amministrazione, nascente da una più matura concezione di quei princìpi.

Responsabilità per atto lecito e principio di compensazione quali nuove dimensioni della doverosità pubblica costituiscono dunque l'ipotesi formulata; e che si tenterà di dimostrare, per altro verso, muovendo dal basso; muovendo cioè dai diritti e dagli interessi che, collocati in un sistema multilivello, appaiono oggi dotati di una protezione rafforzata nei confronti del potere pubblico: muniti di una garanzia di *contenuto minimo*, oggi formalizzata a livello comunitario[37], ad essi corrisponde un'espressa garanzia costituzionale di livelli minimi di prestazioni[38]; essi appaiono dotati di un'effettività rafforzata attraverso un dialogo tra Corti, nell'ambito del quale quei diritti e quegli interessi *vengono presi sul serio*[39] e mantengono intatta la loro essenza rispetto ad ogni potere pubblico, legislativo, amministrativo e giudiziario e rispetto al sistema nel suo complesso, a prescindere da connotazioni di legittimità o illegittimità, che l'evidenza dei diritti pone oggi in secondo piano[40].

---

[37] Si v. l'art. 52.1 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

[38] Posta dall'art. 117 Cost., comma 2, lett. m.

[39] Come ricorda G. CORSO, *La responsabilità della pubblica amministrazione da attività lecita*, cit., evocando il noto contributo di Ronald Dworking.

[40] C. MARZUOLI, *Carta europea dei diritti fondamentali, «amministrazione» e soggetti di diritto: dai principi sul potere ai diritti dei soggetti*, in G. VETTORI (a cura di), *Carta europea e diritti dei privati*, Padova, 2002, 255 ss.

3. *Cenni sul metodo*

Più di ogni altro argomento la responsabilità dell'amministrazione costituisce terreno di confronto dei metodi di analisi[41].

La responsabilità è studiata oggi secondo diverse prospettive: quella positivista, ancorata all'analisi del dettato normativo[42] o fondata su una logica inclusiva che, abbandonando l'idea di purezza del diritto, ha riguardo ai valori e ai diritti riconosciuti come fondamentali dall'ordinamento giuridico, pur inteso quale insieme di norme[43]; quelle istituzionali e realiste[44]; tra cui quelle

---

[41] Per una critica al «metodo unico» v. S. CASSESE, *Giuristi ed economisti: metodo e metodi nello studio del diritto*, in *Giorn. dir. amm.*, 2002, 341; ID., *Il sorriso del gatto, ovvero dei metodi nello studio del diritto pubblico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2006, 597 ss.

[42] V. H. KELSEN, *Über Staatsunrecht*, in *Grünhutsche Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart*, vol. 40, 1913/1914, 1 ss. (*L'illecito dello Stato*, trad. it. a cura di A. Abignente, Napoli, 1988), che rappresenta in termini di pura costruzione giuridica il problema «logico» dell'illecito dello Stato – e cioè di imputare allo Stato un'illegalità – derivante da un'inammissibile contraddizione tra volontà e azione dello Stato medesimo; e che risolve tale problema attraverso la distinzione tra personalità dello Stato e dei suoi organi: da cui l'idea della responsabilità indiretta dello Stato che «*può essere accettata naturalmente soltanto sulla base di una norma giuridica positiva*» secondo un principio «*che deve trovare uguale applicazione per il diritto pubblico e per quello privato*» (*ibid.*, 120); su tale saggio di H. KELSEN v. B. SORDI, *L'illecito dello Stato. Un problema di «estetica del pensiero»*, in *Quaderni fiorentini*, 1989, 633 ss.

Venendo ai giorni nostri, non si ignora che l'approccio analitico e formale, inteso in modo esclusivo, sia oggi in discussione sul piano del metodo e delle tecniche interpretative da parte degli stessi giuspositivisti (per una recente puntualizzazione si v. R. GUASTINI, *Sostiene Baldassarre*, in *Dir. pubbl.*, 2007, 1373 ss.). Tuttavia, con riguardo all'amministrazione, l'analitica formale della responsabilità nella pratica applicativa finisce talvolta per assumere un ruolo preponderante rispetto all'interpretazione sistematica o funzionale o ad altre forme assiologiche di costruzione giuridica, quali la considerazione e il bilanciamento dei valori propri dell'ordinamento giuridico positivo. Sul punto v. Capitolo II.

[43] L'approccio giuspositivistico che ha, in certa parte, messo in discussione l'approccio puro, di un'analitica formale e avalutativa, aprendosi ad una dimensione funzionale (N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione*, Torino, 1979) è oggi accolto da larga parte della moderna civilistica.

[44] Per l'applicazione alla responsabilità civile della teoria istituzionale – per la quale si v. Santi ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1917-18 e, per una sua moderna riproposizione N. MACCORMICK, O. WEIMBERGER, *An Institutional Theory of Law*, Dordrecht, Kluwer, 1986 (trad. it. a cura di) M. LA TORRE, *Il diritto come istituzione*, Milano, 1990) – v. i contributi di Salv. Romano cit. alla nota n. 36.

fondate sull'analisi economica[45], sociologica, storica, politologica o etica[46]; o su un approccio pragmatista[47].

---

[45] La responsabilità costituisce un tema centrale nell'analisi economica del diritto, nei suoi diversi indirizzi (per la rappresentazione dei quali v. F. PULITINI, *Quante analisi economiche del diritto*, *Riflessioni su Yale e Chicago*, in *Mercato concorrenza e regole*, 2003, 139 ss.; G. NAPOLITANO, M. ABBRESCIA, *Analisi economica del diritto*, Bologna, 2009); in proposito, nella prospettiva dominante, propria della scuola di Chicago, dell'efficienza del mercato e degli istituti giuridici quali «costi di transazione», si v. i contributi di R.A. POSNER (*Economic Analysis of Law*, New York, Aspen, 2007 [I ed. 1972]; *Tort Law: Cases and Economic Analysis*, Boston-Toronto, Brown and company, 1982); per l'interessante approccio della scuola di New Haven dell'Università di Yale, attenta non solo all'efficienza del mercato ma anche agli effetti redistributivi degli istituti giuridici e dunque alla prospettiva dell'equità v. G. CALABRESI, *The Costs of Accidents*, New Haven-London, Yale University Press, 1970 (traduzione it. a cura di E. DE VITA, V. VARANO e V. VIGORITI, *Costo degli incidenti e responsabilità civile*, Milano, 1975); ID., *La responsabilità civile come diritto della società mista*, in *Interpretazione giuridica e analisi economica*, a cura di G. ALPA, F. PULITINI, S. RODOTÀ, F. ROMANI, Milano, Giuffrè, 1982, 496 ss.; G. ALPA, *Colpa e responsabilità nella prospettiva di una* «*analisi economica del diritto*», in *Politica del dir.*, 1976, 431; P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961; S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964; in questo solco si innestano oggi le teorie di Amartya K Sen – per la quale si v. i saggi racchiusi nel volume *Choise, Welfare and Measurement*, Oxford, 1982 (*Scelta, benessere, equità*, a cura di S. ZAMAGNI, Bologna, 1986) –, che hanno condotto per altra via a superare l'idea di un'efficienza economica, mettendo in rilievo la centralità della realizzazione degli *ordini di preferenza* che normalmente riguardano fattori affettivo-esistenziali; R. COOTER, R. MATTEI, U. MONATERI, P.G. PARDOLESI, T. ULEN, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*, Bologna, 2006, I.185 ss. Per un'applicazione del metodo giuseconomico alla responsabilità dell'amministrazione v. M. CAFAGNO, *La tutela risarcitoria degli interessi legittimi. Fini pubblici e relazioni di mercato*, Milano, 1996; ID., *Efficienze ed inefficienze nei modelli di responsabilità della p.a.*, in *Dir. pubbl.*, 2008, 719. Per la prospettazione delle utilità ricavabili dall'applicazione dell'analisi economica al tema della responsabilità dell'amministrazione e in particolare al problema di individuare «*un metodo convincente per quantificare il danno e per valutare le caratteristiche ed i limiti dei suoi effetti ridistributivi*», v. F. MERUSI, *Analisi economica del diritto e diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2007, 436.

[46] Per un particolare approccio alla responsabilità in una prospettiva etica, v. H. JONAS, *Das Prinzip Verantwortung: Versuch einer Ethik für die technologische Zivilisation*, Frankfurt am Main, 1979, (trad. it. *Il principio responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica*, Torino, 2002). In generale, per la rilevanza giuridica dei valori morali filtrati attraverso i princìpi costituzionali, si v. i saggi di R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, London, Duckworth, 1977 (trad. it. a cura di G. REBUFFA, *I diritti presi sul serio*, Bologna, 1982). Nella prospettiva di integrazione tra diritto e morale sul piano della politica normativa J. RAWLS, *A Theory of Justice*, cit.

[47] Per tale approccio, diffuso in ambiente nordamericano, v. il contributo, in

Tali diverse impostazioni si rinvengono oggi nel dibattito sulla responsabilità dell'amministrazione.

Sino ad oggi ha prevalso, soprattutto nella giurisprudenza, una logica formale – e talora formalista[48] che ha superato l'impostazione realista data al tema dagli studiosi di inizio Novecento. I quali discutevano innanzitutto del *fondamento* della responsabilità e dei suoi modelli, nonché dei principi di giustizia cui quei modelli avrebbero dovuto informarsi[49].

Tale logica formale appare oggi, nella sua esclusività, doversi superare: essa ha condotto a lungo alla negazione del principio di responsabilità in vaste aree dell'azione amministrativa e tutt'ora non consente di percepire il problema della responsabilità da atto lecito. Genera, dietro la complessità delle argomentazioni giudiziarie, empirismo applicativo. Orienta il dibattito in merito all'articolazione della «fattispecie», alla sua struttura: la colpa e la sua prova, l'ingiustizia e gli interessi risarcibili, gli interessi pretensivi e il giudizio prognostico, il rapporto tra vizi formali e sostanziali, tra procedimento e responsabilità. Su questi complessi e importanti temi si concentra la maggiore attenzione della dottrina e il dibattito sul tema[50]. L'analisi della responsabilità nella sua declinazione dell'atto lecito impone di ri-

---

parte dedicato proprio all'analisi del problema della responsabilità alla luce del canone di giustizia correttiva, di J.L. COLEMAN, *The Practice of Principles. In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 2001; *La pratica dei princìpi. In difesa di un approccio pragmatista alla teoria del diritto*, trad. it. a cura di G. Pino, Bologna, 2006.

[48] Per una critica a tale impostazione e per l'inquadramento, in chiave ricostruttiva, dei nodi problematici della questione della c.d. risarcibilità degli interessi legittimi, v. A. ROMANO TASSONE, *I problemi di un problema. Spunti in tema di risarcibilità degli interessi legittimi*, in *Dir. amm.*, 1997, 35.

[49] Per il rilievo, E. FERRARI, *Dall'illecito dell'ente pubblico al fatto amministrativo dannoso*, in *Studi in onore di A. Amorth*, Milano, 1982, I, 179 ss. e in part. 235.

[50] Per una recente sintesi dell'ampio dibattito v. S. CIMINI, *La colpa nella responsabilità civile delle amministrazioni pubbliche*, Torino, 2008, 25 ss. Richiama l'attenzione sui rischi di un approccio astorico che ha «*non di rado compromesso le ricerche giuridiche*», E. CANNADA BARTOLI, *Introduzione alle responsabilità della pubblica amministrazione*, cit., 7 ss.

cercare le linee di quel discorso, peraltro mai del tutto abbandonato, sulle funzioni e sui fondamenti della responsabilità dell'amministrazione: il quale emerge sia nelle letture condotte alla luce dei princìpi che limitano l'autonomia dell'amministrazione[51]; sia nelle riflessioni che, attraverso gli strumenti dell'analisi economica del diritto, hanno messo in luce efficienze e inefficienze dei modelli di responsabilità per colpa e oggettiva[52]; sia nelle letture che, fuori da un'ottica patrimoniale, hanno posto l'accento sul cittadino e sulla sua dignità e, dunque, sul rispetto della persona come tale nel rapporto con il potere pubblico[53]; sia nelle letture che hanno messo in evidenza la relatività delle categorie interne rispetto ad un tema su cui si misura l'integrazione europea delle tutele[54].

Tali contributi mostrano un'esigenza: quella di muovere da un dato non esclusivamente formale, ma dalla realtà dell'azione

---

[51] G.M. RACCA, *Gli elementi della responsabilità della pubblica amministrazione e la sua natura giuridica*, in R. GAROFOLI, G.M. RACCA, M. DE PALMA, *Responsabilità della pubblica amministrazione e risarcimento del danno innanzi al giudice amministrativo*, Milano, 2003, 175. Si v. quanto affermato, a proposito di tale approccio, da A. ROMANO TASSONE, *La responsabilità della p.a. tra provvedimento e comportamento (a proposito di un libro recente)*, in *Dir. amm.*, 2004, 215: «*È evidente la ricchezza e la fecondità di tale impostazione, in cui la relazione tra illegittimità ed illiceità viene risolta in termini di autonomia al duplice scopo di ribadire la dignità del cittadino pur all'interno del rapporto autoritativo, e di consentire una risposta differenziata dell'ordinamento di fronte al diverso peso delle situazioni di interesse protetto del cittadino medesimo*». Più in generale, per la rappresentazione del principio di correttezza nell'ambito dell'azione amministrativa, F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico, dagli anni trenta all'alternanza*, cit.; e, per il principio di correttezza, G. RACCA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, Napoli, 2000.

[52] M. CAFAGNO, *La responsabilità dell'amministrazione pubblica*, cit., 155; G. NAPOLITANO, M. ABRESCIA, *Analisi economica del diritto pubblico*, cit., 282.

[53] A. ROMANO TASSONE, *I problemi di un problema. Spunti in tema di risarcibilità degli interessi legittimi*, cit., 35; D. SORACE, *Il risarcimento dei danni da provvedimenti amministrativi lesivi di «interessi legittimi», comparando*, in *Il diritto amministrativo dei paesi europei tra omogeneizzazione e diversità culturali* a cura di G. Falcon, Padova, 2005, 227.

[54] M.P. CHITI, *La responsabilità dell'amministrazione nel diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2009, 505.

pubblica[55] e dal ruolo istituzionale dell'amministrazione[56]. Solo un simile approccio può consentire di cogliere il problema della responsabilità da atto lecito. Che si presenta innanzitutto come un problema di giustizia e di uguaglianza della sopportazione dei costi per il perseguimento del bene comune[57] e come un problema di tutela delle posizioni della persona rispetto ai poteri pubblici, nelle loro molteplici sfaccettature e intensità. Come un problema concreto e non astratto.

Proprio a proposito della responsabilità è stato notato che «*Qui, così come decisamente in pochi altri casi, la realtà della vita ha la meglio sulla costruzione formale, e la norma appare come giudizio di valore, non come regola logica*»[58].

È questa un'indicazione che pare doversi recepire per tutte le ragioni che si sono venute sin qui svolgendo. Essa consente inoltre di riconciliare la responsabilità dell'amministrazione con le odierne trasformazioni che vanno affermandosi negli altri settori del diritto amministrativo. E che pongono in primo piano, affianco alla legalità formale dei sistemi ordinamentali della p.a., la loro coerenza con i princìpi di uguaglianza, ragionevolezza e

---

[55] Si v. in questa prospettiva l'originale contributo di Filippo SATTA (*I soggetti dell'ordinamento. Per una teoria della responsabilità civile della pubblica amministrazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1977, I, 28) che muove dal «*problema della disuguaglianza naturale di un soggetto, determinata dall'investitura di un potere che abbia ricevuto*» per evidenziare l'inadeguatezza dell'applicazione all'amministrazione del regime civilistico della responsabilità e per affermare l'identificazione dell'antigiuridicità nell'eccesso di potere e l'irrilevanza della distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi ai fini di individuare il danno risarcibile.

[56] Per la riconduzione alla prospettiva istituzionale – e segnatamente alla pluralità degli ordinamenti e all'autonomia dell'amministrazione – delle categorie della illegittimità e della illiceità v. R. CAVALLO PERIN, *Validità del provvedimento e dell'atto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, XV, Torino, 612; per la congiunzione della prospettiva istituzionale al sistema delle fonti, ALB. ROMANO, *Diritto soggettivo, interesse legittimo e assetto costituzionale*, *Foro it.*, 1980, V, c. 258 ss.

[57] ALB. ROMANO, *Giurisdizione amministrativa e limiti della giurisdizione ordinaria*, Milano, 1975, 289.

[58] G. SCADUTO D. RUBINO, *Illecito (atto). Diritto moderno*, in *Nuovo dig. it.*, VI, Torino, 1938, 707.

proporzionalità e, quali derivate – e solo in quanto derivate –, la loro efficienza ed economicità[59].

E consente infine di ricondurre il tema al dibattito internazionale che, come si vedrà, ha ben presente la connessione tra uguaglianza e responsabilità dell'amministrazione ed evidenzia il limite di un approccio che selezioni il danno risarcibile nell'ambito delle attività pubbliche solo sulla base del criterio della illiceità della condotta del danneggiante.

---

[59] ALB. ROMANO, *Amministrazione, principio di legalità e ordinamenti giuridici*, cit., 111 ss.

CAPITOLO SECONDO

ILLECITO E DISUGUAGLIANZA

SOMMARIO: 1. L'illecito dell'amministrazione come problema di uguaglianza. – 2. Il modello e la sua crisi: dalla colpa all'antigiuridicità oggettiva. – 3. Tra illecito e lecito: convergenze e concorso nella tutela.

1. *L'illecito dell'amministrazione come problema di uguaglianza*

Un primo stimolo ad uno studio riguardante la responsabilità da atto lecito dell'amministrazione proviene, secondo un apparente paradosso, dalla disciplina dell'illecito[1].

L'illecito dell'amministrazione è infatti fonte di una pluralità di disuguaglianze.

Una prima risiede nel fatto stesso di ritenere che, tra i danni generati nel perseguimento dei fini generali, meritino un ristoro solo quelli derivanti da attività antigiuridiche; il che implica, per converso, che gli individui debbano sopportare il costo delle attività legittime rivolte al bene comune[2].

Una seconda disuguaglianza deriva dalle deroghe e dagli adattamenti che la giurisprudenza opera, per ragioni talora di

---

[1] Su cui, per tutti, G.M. RACCA, *L'evoluzione della responsabilità della pubblica amministrazione*, in R. GAROFOLI, G.M. RACCA, M. DE PALMA, *Responsabilità della pubblica amministrazione e risarcimento del danno innanzi al giudice amministrativo*, Milano, 2003, 4 ss.

[2] La quale emerge anche solo alla luce dei più recenti parametri dell'analisi economica: G. CALABRESI, *The Costs of Accidents*, cit. Secondo la rappresentazione di G. CALABRESI, *Ideals*, *Beliefs*, *Attitudes*, *and the Law*, Syracuse, 1985 (trad. it. a cura di C. RODOTÀ, *Il dono dello spirito maligno*, Milano, 1996, 86).

policy[3], nell'applicare all'amministrazione il regime civilistico dell'illecito generando così zone di irresponsabilità e cioè zone in cui la tutela del singolo, pur leso da un'azione antigiuridica, non è piena, ma è limitata alle azioni di annullamento o di accertamento[4].

Ne deriva, nonostante il formale ossequio alle regole privatistiche, una disciplina della responsabilità dell'amministrazione derogatoria, di matrice pretoria.

Il conseguente quadro non appare lineare, finendo per derivare da una ibridazione di princìpi opposti: la (declamata) piena responsabilità dell'amministrazione secondo lo schema civilistico dell'illecito e una molteplicità di eccezioni, oscillazioni ricostruttive e incertezze applicative. Ogni aspetto della responsabilità sembra risentirne: incerti sono l'ambito dei danni risarcibili, la tutela a fronte di poteri discrezionali, le relazioni tra illegittimità e illiceità, la distinzione tra vizi formali e sostanziali, la colpa dell'amministrazione, il *quantum* dei danni liquidabili e così via. Con la conseguenza che una molteplicità di danni causati dal-

[3] Comuni anche ad altri ordinamenti, tali tendenze sono generalmente percepite con preoccupazione e critica; si v., per il diritto inglese, in comparazione con il sistema francese, D. FAIRGRIEVE, *State Liability in Tort (A Comparative Law Study)*, Oxford University Press, 2003, *passim* ma spec. 129 ss.; P. CHIRULLI, *Il giudice amministrativo alla prova delle riforme: l'azione risarcitoria autonoma e la difficile costruzione di una responsabilità civile «di diritto pubblico» in una prospettiva di diritto comparato*, in *Studi in onore di V. Atripaldi*, Napoli, 2010, 1021 ss.; per la Francia, R. CHAPUS, *Droit administratif général*, I, Paris, 1997, 1172; J.F. TOUCHARD, *A propos de la responsabilitè puor faute de l'administration fiscale*, in *RDP*, 1992, 785; M. WALINE, *L'evolution de la responsabilitè extra-contractuelle des personnes publique*, in *Conseil d'Etat: Rapport public* 1994, Paris, 1994, 460; Per il sistema tedesco, nell'ambito di una comparazione con quello inglese, R. SURMA, *A Comparative Study of the English and German Judicial Approach to the Liability of Public Bodies in Negligence*, in D. FRIRGRIEVE, M. ANDENAS, J. BELL, *Tort Liability of Pubblic Authorities in Comparative Perspective*, London, 2002.

[4] Secondo un esito non completamente coerente con le linee del sistema di tutela delineate, tra l'altro, da C. Cost. n. 204/2004. Peraltro sui limiti all'operare dello stesso *principio di giustizi abilità* dell'azione amministrativa, stretto anch'esso tra vincoli e formalismi, F. SAITTA, *Il principio di giustiziabilità dell'azione amministrativa*, in M. RENNA F. SAITTA (a cura di), *Studi sui princìpi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, 225 ss. ed *ivi* A. POLICE, *Il principio di responsabilità*, 195 ss.

l'amministrazione diviene di fatto irrisarcibile e finisce così per gravare, senza un chiaro criterio, sulle spalle della malcapitata vittima. L'incertezza diviene poi fattore ulteriore di disuguaglianza.

In questo contesto in cui l'istituto, privo di coordinate razionali, sembra consegnato all'empirismo delle Corti e soffocato, sul piano concettuale, da complesse dispute teoriche[5] è emerso l'importante tentativo di rifondare il modello su basi sostanziali e unitarie, ancorandolo all'essenziale legame tra responsabilità (e prima ancora azione amministrativa) e «*principio di correttezza come limite all'autonomia*» dell'amministrazione[6].

Accanto ad esso si collocano poi gli ulteriori tentativi tesi a mettere in evidenza le specificità dell'amministrazione e della sua responsabilità[7], anche attraverso gli strumenti dell'analisi economica del diritto[8] o, secondo una diversa ottica, ponendo l'ac-

---

[5] Sul punto v. S. CIMINI, *La colpa nella responsabilità civile delle amministrazioni pubbliche*, cit., 25 ss.

[6] G.M. RACCA, *Gli elementi della responsabilità della pubblica amministrazione e la sua natura giuridica*, cit.; più in generale, F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico, dagli anni trenta all'alternanza*, cit. Per l'inquadramento di tale principio in una più ampia prospettiva di nuova civiltà giuridica dell'amministrazione, ALB. ROMANO, *Conclusioni. Autoritarietà, consenso e ordinamento generale*, *in L'atto autoritativo. Convergenze e divergenze tra ordinamenti*, cit.

[7] Al riguardo si v. V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, cit. Per la costruzione di un modello speciale di responsabilità dell'amministrazione v. A. ZITO, *Il danno da illegittimo esercizio della funzione pubblica*, Napoli, 2003; L. GAROFALO, *La responsabilità dell'amministrazione: per l'autonomia degli schemi ricostruttivi*, in *Dir. amm.*, 2005, 1; E. FOLLIERI, *Il modello di responsabilità per lesione di interessi legittimi nella giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo: la responsabilità amministrativa di diritto pubblico*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2006, 19; S. VALAGUZZA, *Percorsi verso una «responsabilità oggettiva» della p.a.*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 50; G.D. COMPORTI, *Torto e contratto nella responsabilità civile delle pubbliche amministrazioni*, Torino, 2003; si segnala poi, in relazione al delicato campo degli interessi pretensivi, la particolare visione di D. VAIANO, *Pretesa di provvedimento e processo amministrativo*, Milano, 2002, 262 ss.; ID., *Quando arrivò non piacque: il danno da «lesione di interessi pretensivi» e la rete di contenimento giurisprudenziale*, in *Dir. amm.*, 2004, 231 ss.

[8] M. CAFAGNO, *La responsabilità dell'amministrazione pubblica*, in *Annuario dell'associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*, 2006, 155; G. NAPOLITANO, M. ABRESCIA, *Analisi economica del diritto pubblico*, Bologna, cit., 282.

cento sull'individuo e sulla sua dignità e, dunque, sul rispetto della persona come tale nel rapporto con il potere pubblico[9].

Tali contributi mostrano, pur nelle loro specificità, una medesima esigenza: quella di muovere, anche con riguardo all'illecito, da un dato non strettamente formale ma dalla realtà dell'azione pubblica e dal ruolo istituzionale dell'amministrazione[10]; nonché dalla riflessione sullo specifico fondamento della sua responsabilità e dalla considerazione delle incidenze del modello sui rapporti tra persona e potere pubblico, per come tale rapporto è delineato non da un'autoritaria tradizione di sacrifici imposti al cittadino ma dalla Costituzione e dagli ordinamenti sovranazionali in cui oggi quel rapporto si iscrive, soprattutto in quanto incidente sulla concorrenza e sui diritti della persona.

2. *Il modello e la sua crisi: dalla colpa all'antigiuridicità oggettiva*

Non a caso è dal contesto europeo che proviene oggi un impulso *forte* al superamento del modello di illecito fondato sulla colpa: la Corte di giustizia ha di recente affermato che, in presenza di violazioni della disciplina degli appalti pubblici, il diritto ad ottenere un risarcimento del danno *non può essere subordinato al carattere colpevole della violazione, neanche se sia prevista una regola di presunzione assoluta di colpa*[11].

---

[9] A. ROMANO TASSONE, *I problemi di un problema. Spunti in tema di risarcibilità degli interessi legittimi*, cit., 35; D. SORACE, *Il risarcimento dei danni da provvedimenti amministrativi lesivi di «interessi legittimi», comparando*, cit.

[10] Per la riconduzione alla prospettiva istituzionale – e segnatamente alla pluralità degli ordinamenti e all'autonomia dell'amministrazione – delle categorie della illegittimità e della illiceità v. R. CAVALLO PERIN, *Validità del provvedimento e dell'atto amministrativo*, cit., 612; per la congiunzione della prospettiva istituzionale al sistema delle fonti, ALB. ROMANO, *Diritto soggettivo, interesse legittimo e assetto costituzionale*, *Foro it.*, 1980, V, c. 258 ss.

[11] Corte di Giustizia, sez. III, 30 settembre 2010, C-314/09, *Stadt Graz*; ma si v. già le sentenze 10 gennaio 2008, causa C-70/06, *Commissione/Portogallo*; 14 ottobre 2004, causa C-275/03, *Commissione/Portogallo*; e 23 maggio 1996, causa C-5/94, *Lomas*.

È questa una pronuncia di particolare importanza: come già avvenuto per la tutela risarcitoria degli interessi pretensivi è oggi prevedibile che la regola della responsabilità fondata sulla oggettiva violazione delle regole[12] potrà esplicare indirettamente i suoi effetti anche oltre lo specifico ambito degli appalti[13].

Sembra così potersi ritenere in via di superamento la colpa, che rappresenta ancora oggi un baluardo dell'irresponsabilità

---

[12] Per la quale si ved. Cons. St., V, 24.2.2011, n. 1193; TAR Lazio, III, 2.2.2011, n. 974.

[13] In senso contrario alla valenza espansiva della pronuncia si v. l'immediata reazione di Cons. St., n. 482/2012; diversa è invece la posizione (adesiva ai nuovi *input* comunitari) di TAR Sicilia, Pa, sez. II, n. 146/2011, che ha affermato che «*Il principio enunciato in sede europea appare dotato di chiara vis espansiva, nel nostro ordinamento interno, al generale istituto della responsabilità delle istituzioni pubbliche verso i privati, attesa l'irragionevole disparità di trattamento tra identiche situazioni giuridiche soggettive che discenderebbe dalla limitazione della sua sfera di efficacia alle sole situazioni protette dal diritto comunitario. Da tale osservazione deriva l'irrilevanza di qualsivoglia profilo di colpevolezza, in ognuna delle accezioni sinora emerse a partire dal revirement di Cass., SS.UU. 22 luglio 1999 n. 500, ai fini dell'accertamento della responsabilità aquiliana dell'amministrazione*».

La stessa Corte di Giustizia è più recentemente tornata a correggere un nostro altro modello di responsabilità. In particolare ha escluso la compatibilità col diritto comunitario dell'art. 1, co. 1 e 2, l. 117/1988 (sul risarcimento dei danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie e sulla responsabilità civile dei magistrati), ritenuto in contrasto con i paradigmi comunitari (si ricordi la differenza tra paradigmi comunitari della responsabilità del legislatore e dell'apparato giudiziario da un lato e, dall'altro, dell'amministrazione, su cui M.P. CHITI, *La responsabilità dell'amministrazione nel diritto comunitario*, in *Riv. trim. dir. pubbl. com.*, 2009, 505). In particolare il contrasto è stato ravvisato laddove la disciplina nazionale limita la «*responsabilità dello Stato italiano per i danni arrecati ai singoli a seguito di una violazione del diritto dell'Unione … ai soli casi di dolo o colpa grave*» (C.G.C.E., sez. III, 24.11.2011, C-379/10). In particolare, premesso il tradizionale orientamento secondo cui «*tre sono le condizioni in presenza delle quali uno Stato membro è tenuto al risarcimento dei danni causati ai singoli per violazione del diritto dell'Unione al medesimo imputabile, vale a dire che la norma giuridica violata sia preordinata a conferire diritti ai singoli, che si tratti di violazione sufficientemente caratterizzata e, infine, che esista un nesso causale diretto tra la violazione dell'obbligo incombente allo Stato e il danno subito dai soggetti lesi*», ha ritenuto che «*la nozione di 'colpa grave' … [venisse] … interpretata dalla suprema Corte di cassazione in termini coincidenti con il 'carattere manifestamente aberrante dell'interpretazione' effettuata dal magistrato*» e dunque in termini più limitati rispetto alla «*nozione di 'violazione manifesta del diritto vigente' postulata dalla Corte ai fini del sorgere della responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell'Unione*».

dell'amministrazione; essa consente infatti, pur in presenza di oggettive antigiuridicità, di invocare l'errore scusabile[14] (e cioè la non chiarezza del legislatore o della giurisprudenza), la colpa professionale[15] (come se l'amministrazione potesse essere non

---

[14] Sembrerebbe essere questa la logica oggi prevalente in giurisprudenza. Si ved., da ultimo, Cons. St., sez. VI, 20 luglio 2010, n. 4660, che, con riguardo al ritardo nella riassegnazione di lotti inclusi in un'area P.E.E.P., osserva: «*Per ciò che attiene l'individuazione dell'elemento psicologico della colpa il Collegio ritiene nel caso di specie di prestare puntuale adesione all'orientamento giurisprudenziale secondo cui, in caso di acclarata illegittimità dell'atto amministrativo asseritamente foriero di danno, al privato non è richiesto un particolare sforzo probatorio, per ciò che attiene al profilo dell'elemento soggettivo della fattispecie: al contrario, egli potrà invocare l'illegittimità del provvedimento quale presunzione (semplice) della colpa o anche allegare circostanze ulteriori, idonee a dimostrare che non si è trattato di un errore scusabile. Spetterà a quel punto all'Amministrazione dimostrare che si è trattato di un errore scusabile, configurabile in caso di contrasti giurisprudenziali sull'interpretazione di una fonte normativa, di formulazione incerta, di previsioni da poco entrate in vigore, di rilevante complessità del fatto, di influenza determinante di comportamenti di altri soggetti, di illegittimità derivante da una successiva dichiarazione di incostituzionalità della norma applicata (Cons. Stato, sez. VI, sent. 3 giugno 2006, n. 3981; id., sez. VI, sent. 9 marzo 2007, n. 1114)*»; Cons. St., sez. VI, 31.3.2011, n. 1983 («*La colpa dell'amministrazione va ricondotta – sia secondo la ricordata sentenza n. 500 del 1999, sia in base alla giurisprudenza successiva – alla violazione dei canoni di imparzialità, correttezza e buona amministrazione, ovvero a negligenza, omissioni o anche errori interpretativi di norme, ritenuti non scusabili*»). In termini Cons. St., 13.4.2010, n. 2029; T.A.R. Lazio, sez. III, 2.2.2011, n. 974.

Il ricorso all'errore scusabile è tuttavia fatto oggetto di diffuse critiche in dottrina. Al riguardo si v., pur secondo diverse impostazioni, S. CIMINI, *La colpa nella responsabilità civile dell'amministrazione*, cit.; F. FRACCHIA, *L'elemento soggettivo nella responsabilità dell'amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 2008, 445, che prediligono il riferimento alla colpa professionale quale limite della diligenza esigibile; S. VALAGUZZA, *Percorsi verso una «responsabilità oggettiva» della p.a.*, cit., 50, che configura una peculiare responsabilità oggettiva che eventualmente dia rilievo residuale alla diligenza professionale *ex* art. 2236 c.c.

[15] È questa la via suggerita da una parte della dottrina per dare rilievo alla diligenza dell'amministrazione (cfr. gli Autori cit. alla nota prec.); in giurisprudenza v. da ultimo Cons. Stato, IV, 6 luglio 2004, n. 501 che si riferisce al «*criterio di imputazione soggettiva della responsabilità del professionista di cui all'art. 2236 c.c. che, riconnettendo il grado di colpevolezza richiesto per la costituzione dell'obbligazione risarcitoria alla difficoltà dei problemi tecnici affrontati nell'esecuzione dell'opera, introduce un parametro di ascrizione del danno che tiene conto del grado di complessità delle questioni implicate dall'esecuzione della prestazione e che attenua la responsabilità del prestatore d'opera quando il livello di difficoltà risulti rilevante. La medesima ratio sottesa alla ri-*

professionale), o, di richiamarsi alla gravità della violazione (equivocando i regimi comunitari[16]) per escludere la riparazione

chiamata disposizione civilistica può, infatti, ravvisarsi nelle fattispecie nelle quali la situazione di fatto esaminata dal funzionario comporta la risoluzione di problemi tecnici particolarmente rilevanti ed in cui, in definitiva, l'accertamento dei presupposti di fatto dell'azione amministrativa implica valutazioni scientifiche complesse o verifiche difficoltose della realtà fattuale. A fronte, infatti, di una situazione connotata da apprezzabili profili di complessità, può, in particolare, ritenersi giustificata, in analogia con la disciplina della responsabilità del prestatore d'opera intellettuale, un'attenuazione di quella dell'amministrazione che la circoscriva alle sole ipotesi di colpa grave».

[16] Si v. in proposito, le importanti precisazioni di M.P. CHITI, *La responsabilità dell'amministrazione nel diritto comunitario*, cit., che avverte come tali requisiti siano previsti solo con riguardo alla responsabilità del legislatore e del giudiziario e non con riguardo invece alla responsabilità dell'amministrazione, che è di tipo invece oggettivo e prescinde dal carattere grave della violazione (Corte di Giustizia, 23 maggio 1996, causa C-5/94, *Lomas*). In effetti, stando a tale pronuncia, «*nell'ipotesi in cui lo Stato membro, al momento in cui ha commesso la trasgressione, non si fosse trovato di fronte a scelte normative e disponesse di un margine di discrezionalità considerevolmente ridotto, se non addirittura inesistente, la semplice trasgressione del diritto comunitario può essere sufficiente per accertare l'esistenza di una violazione grave e manifesta*». È evidente la problematicità della questione derivante anche da una certa ambiguità delle affermazioni della Corte che di recente tuttavia dissipate. In particolare con la sentenza della Sez. III, 30 settembre 2010, C-314/09, *Stadt Graz,* la Corte di Giustizia supererà ogni riferimento al carattere grave e manifesto della violazione del diritto comunitario da parte dell'amministrazione ritenendo incompatibile con l'effettività della tutela un sistema che subordini la responsabilità dell'amministrazione che abbia violato le regole sugli appalti alla colpa anche se fatta oggetto di presunzione; in particolare ha chiarito come non sia compatibile con il diritto comunitario la possibilità concessa all'amministrazione aggiudicatrice di provare l'errore scusabile. Dirà espressamente la Corte che "*il rimedio risarcitorio … può costituire … un'alternativa procedurale compatibile con il principio di effettività … soltanto a condizione che la possibilità di riconoscere un risarcimento in caso di violazione delle norme sugli appalti pubblici non sia subordinata … alla constatazione dell'esistenza di un comportamento colpevole tenuto dall'amministrazione aggiudicatrice*" (§ 39). E preciserà che "*poco importa al riguardo che, … la disciplina in questione … non faccia gravare sul soggetto leso l'onere della prova*" poiché sussiste comunque *"il rischio che l'offerente pregiudicato da una decisione illegittima … venga comunque privato del diritto di ottenere un risarcimento … nel caso in cui l'amministrazione suddetta riesca a vincere la presunzione di colpevolezza … e invocare il carattere scusabile dell'errore di diritto*" (§ 40). Per un quadro generale della colpa nel sistema comunitario v. M. CLARICH, *La responsabilità nel sistema comunitario*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, diretto da M.P. Chiti e G. Greco, Parte generale, II, 593; G.M. RACCA, *Gli elementi della responsabilità*, cit., 167. Si v. inoltre G. FALCON, *La responsabilità dell'amministrazione e il potere ammini-*

del danno ingiustamente sofferto dal cittadino. Considerata peraltro la situazione caotica e non certo chiara della nostra legislazione e le frequenti oscillazioni della nostra giurisprudenza, la colpa finisce così per divenire fattore di sostanziale svuotamento del principio di responsabilità[17].

Il superamento della colpa sembra del resto coerente con i caratteri istituzionali dell'amministrazione e con il suo modo di essere «oggettivato»; vale a dire con l'assoluta irrilevanza di ogni profilo soggettivo e volontaristico rispetto al dovere di attuare le regole che ne disciplinano l'azione e l'organizzazione; e ciò anche qualora l'amministrazione sia dotata di autonomia e cioè di discrezionalità: in virtù del carattere funzionalizzato del suo modo di essere soccorrono, anche in tale ipotesi, regole oggettive, concreta esplicazione del parametro di ragionevolezza[18].

Oggettivo vale peraltro anche incondizionato: la cogenza delle norme e dei princìpi riferiti all'amministrazione non è infatti subordinata alla concreta esigibilità della loro osservanza.

Quando l'amministrazione non rispetta norme di legge o di regolamento che disciplinano l'esercizio dei suoi poteri, o canoni di imparzialità, buon andamento etc., si verifica dunque una og-

---

strativo, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 241, e F. FRACCHIA, *L'elemento soggettivo nella responsabilità dell'amministrazione*, cit., sulla necessità di attribuire in ogni caso agli indici richiamati dalla Corte un valore meramente presuntivo, giungendosi altrimenti a limitare arbitrariamente la responsabilità dell'amministrazione alle ipotesi di colpa grave. In questo senso, Cons. Stato, IV, 6 luglio 2004, n. 5012.

[17] Per una denuncia di questo rischio si v. S. GIACCHETTI, *La responsabilità patrimoniale dell'amministrazione nel quadro del superamento della dialettica diritti soggettivi-interessi legittimi*, in *Cons. Stato*, 2000, II, 2027; F. FRACCHIA, *L'elemento soggettivo nella responsabilità dell'amministrazione*, cit., 491, che mette criticamente in rilievo il largo margine di valutazione rimesso al giudice, evidenziando orientamenti che utilizzano l'errore scusabile in funzione di contenimento ed altri in funzione di espansione della responsabilità; S. VALAGUZZA, *Percorsi verso una «responsabilità oggettiva» della p.a.*, cit., 50.

[18] ALB. ROMANO, *I soggetti e le situazioni giuridiche soggettive*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, Bologna, 2005, I, 145; F. BENVENUTI, *L'amministrazione oggettivata: un nuovo modello*, in *Riv. trim. scienza dell'ammin.*, 1978, 6 ss.; G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968.

gettiva disfunzione, come tale valutata negativamente dall'ordinamento: ciò che conduce all'invalidità degli atti e, laddove siano conseguiti danni, alla responsabilità, cioè all'obbligo di ripararli.

Altre ragioni appaiono peraltro soddisfatte dal fondare la responsabilità dell'amministrazione sull'oggettiva violazione di regole: tra cui quelle, suggerite dall'analisi economica del diritto, di realizzare il costo sociale meno alto sia in termini di prevenzione che di allocazione dei danni[19]; quelle ragioni fatte proprie dal nostro ordinamento[20] sul piano dei valori della solidarietà, della giustizia distributiva e dell'uguaglianza[21] (anch'essi supportati dai più recenti sviluppi dell'analisi economica del dritto); e quelle, proposte alla luce di criteri di giustizia correttiva, che riportano la responsabilità alla violazione di un dovere di attenzione[22].

In questo senso l'oggettivazione della responsabilità dell'amministrazione risponde pienamente alle ragioni della giustizia distributiva e dell'uguaglianza intesa anche come uguaglianza nel mercato e dunque anche come concorrenza. Sono queste ragioni che mal tollerano che le conseguenze negative di un'attività svolta nell'interesse di tutti ricadano su un singolo e cioè su quel cittadino i cui danni non possono essere imputati all'amministrazione sulla base di un criterio definito in modo arbitrario e cioè senza considerare la peculiare posizione istituzionale del danneggiante[23].

---

[19] R. Cooter, R. Mattei, U. Monateri, P.G. Pardolesi, T. Ulen, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*, cit., I. 185 ss.

[20] R. Cooter, R. Mattei, U. Monateri, P.G. Pardolesi, T. Ulen, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*, cit., 193 ss.

[21] S. Rodotà, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964.

[22] J.L. Coleman, *La pratica dei principi*, cit.

[23] È questo un criterio che determina, tra l'altro, l'emergere dello «*strano fenomeno per cui un cittadino danneggiato da un provvedimento amministrativo illegittimo possa ricevere tutela a seconda della gravità dell'illegittimità in cui è incorsa l'amministrazione o dell'esistenza di circostanze scusanti da valutare caso per caso*» A. Zito, *Il danno da illegittimo esercizio della funzione pubblica*, cit., 162. Il riferimento all'errore scusabile o agli altri indici di colpa ricorrenti nella giurisprudenza genera inoltre una situazione di inaccettabile incertezza, come è dimostrato dal fatto che il richiamo all'errore scusabile o agli indici presuntivi di colpa è utilizzato in funzione talora di

3. *Tra illecito e lecito: convergenze e concorso nella tutela*

Riemergono in proposito le considerazioni della dottrina di inizio secolo, i cui percorsi appaiono di rinnovata attualità: così, appare attuale l'idea di V.E. Orlando che, muovendo dalla considerazione che il soggetto finale della responsabilità statale è il contribuente, nota come, crescendo il numero degli incontri e degli scontri tra Stato e cittadini, danneggiati e danneggianti vengano tendenzialmente a coincidere e lo Stato debba assumersi il rischio dei danni arrecati ai diritti dei cittadini nell'ambito della propria attività[24]; e ancora, la lettura di Santi Romano, che propone un modello di responsabilità dell'amministrazione su basi oggettive[25].

Spunti si colgono anche in più recenti studi. Così nelle riflessioni di Alberto Romano, il quale osserva che i danni causati dall'amministrazione «*ricadono sempre sui cittadini; quel che è in gioco è quali siano i cittadini che ne risentano*», se cioè essi debbano gravare «*esclusivamente sui cittadini … colpiti dall'atto amministrativo illegittimo*» o se invece non debba procedersi, attra-

---

estensione, talora di contenimento della responsabilità, come messo in rilievo da F. FRACCHIA, *L'elemento soggettivo nella responsabilità dell'amministrazione*, cit.

[24] V.E. ORLANDO, *Saggio di una teorica sul fondamento giuridico della responsabilità civile a proposito della responsabilità diretta dello Stato*, cit., 241 ss. e 321 ss.; sul punto cfr. G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2006, 43.

[25] Santi ROMANO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1930, 24; ID., *Principi di diritto amministrativo*, Milano, 1912, 62; ma ancora su questa linea, assai diffusa nelle riflessioni di fine Ottocento - inizio Novecento, può farsi riferimento alle posizioni di F. CAMMEO, *Commentario alle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, s.d., 873 e, ancor prima, di G. VACCHELLI, *La responsabilità civile della pubblica amministrazione e il diritto comune*, Milano, 1892. Per tali percorsi v. R. ALESSI, *La responsabilità della pubblica amministrazione*, Milano, 1955. Si v. in proposito anche quanto affermato, *de iure condendo*, dallo stesso H. KELSEN, *Über Staatsunrecht*, in *Grünhutsche Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart*, vol. 40, 1913/1914, (*L'illecito dello Stato*, trad. it. a cura di A. Abignente, Napoli, 1988), 126, secondo cui l'ambito della responsabilità richiesto da un'idea sociale è determinato, da un lato, dallo «*interesse di garantire i danneggiati e di stabilire per loro un soggetto economicamente responsabile nello Stato*» e, dall'altro, dall'interesse «*di garantire l'organo danneggiante che … corre un pericolo particolarmente grande di causare danni*».

verso l'ampliamento della risarcibilità, ad una «*compensazione a carico della finanza pubblica*» e cioè a riferirli a «*ciascun contribuente*» giungendo ad una «*socializzazione … del rischio da illegittimità amministrativa*». La responsabilità dell'amministrazione tenderebbe, in tal modo, a gravare del rischio «*il dominus dell'Amministrazione che ha provocato il danno: … quella società che non può non vedere sempre più chiaramente in questa un proprio strumento ed una propria espressione*»[26].

Tali percorsi[27], pur per anni interrotti e non penetrati nel diritto vivente[28], meritano oggi di essere ripresi e approfonditi.

Essi infatti consentono di ricongiungere il discorso della responsabilità della p.a. ai percorsi della moderna civilistica, ormai da tempo incentrati sulle funzioni dell'istituto e sulle ragioni della traslazione dei danni dalla vittima al responsabile, più che sulla esclusiva considerazione della c.d. fattispecie e dei suoi singoli elementi[29].

---

[26] ALB. ROMANO, *Giurisdizione amministrativa e limiti della giurisdizione ordinaria*, Milano, 1975, 289.

[27] Per un chiaro quadro del sistema della responsabilità dell'amministrazione in quegli anni v. M. CLARICH, *La responsabilità civile della pubblica amministrazione nel diritto italiano*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1989, 1085 ss.; E. FERRARI, *Dall'illecito dell'ente pubblico al fatto amministrativo dannoso*, cit., 179 ss.; per la ricostruzione dell'intera parabola sino alle più recenti evoluzioni v. G.M. RACCA, *L'evoluzione della responsabilità della pubblica amministrazione*, cit. L'esigenza di una riflessione sul fondamento della responsabilità dell'amministrazione emerge diffusamente dagli studi degli anni settanta; in particolare si v. le riflessioni di ALB. ROMANO, *Giurisdizione amministrativa e limiti della giurisdizione ordinaria*, cit., 289 ss.; E. CANNADA BARTOLI, *Introduzione alle responsabilità della pubblica amministrazione*, cit.; F. SATTA, *I soggetti dell'ordinamento. Per una teoria della responsabilità civile della pubblica amministrazione*, cit.; ma già prima, v. M.S. GIANNINI, *Recensione a E. Casetta, L'illecito degli enti pubblici*, Torino, 1953, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1954, 873.

[28] In proposito v. ad es. l'impostazione di E. CASETTA, *L'illecito degli enti pubblici*, Torino, 1953.

[29] Si v., pur secondo diverse prospettive, *ex multis*, P. PERLINGIERI, *La responsabilità civile tra indennizzo e risarcimento*, in *Rass. dir. civ.*, 2004, 1061; V. SCALISI, *Ingiustizia del danno e analitica della responsabilità civile*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, 1, I, 42, che sottolinea la necessità di ancorare il discorso «*ad una chiara prospettiva assiologico-pratica*»; G. ALPA, *Responsabilità civile e danno*, Bologna, 1992; S. RODOTÀ, *Modelli e funzioni della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, 595 ss.; C. SALVI, *Il para-*

Essi inoltre consentono di riconciliare la responsabilità della p.a. alle più moderne trasformazioni del diritto amministrativo e del rapporto tra persona e pubblica amministrazione[30].

È oramai cessata l'èra in cui l'interesse pubblico poteva ritenersi perseguibile sulle spalle del malcapitato cittadino: così è oggi fuori discussione che la revoca del provvedimento deve tenere indenne il cittadino e che l'espropriazione deve indennizzare seriamente l'espropriato tendenzialmente ad un prezzo di mercato[31]; anzi, a fronte delle possibili discriminazioni nella distribuzione di oneri e svantaggi derivanti dall'esercizio dei poteri pianificatori, si discute di metodi perequativi[32]. E questo discorso vale a maggior ragione per il danno ingiusto e antigiuri-

---

dosso della responsabilità civile, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1983, 126; F.D. BUSNELLI, *La parabola della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, 643; per l'approccio dell'analisi economica del diritto al problema delle funzioni della responsabilità v. gli autori cit. alla nota 14. Per ogni ulteriore indicazione v. G. ALPA, M. BESSONE, *La responsabilità civile*, Milano, 2001 e M. FRANZONI, *Fatti illeciti, Aggiornamento*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca, libro IV, delle obbligazioni, artt. 2043-2059*, Bologna-Roma, 2004, 692 ss.

[30] ALB. ROMANO, *Amministrazione, principio di legalità e ordinamenti giuridici*, cit.; ID., *Conclusioni. Autoritarietà, consenso e ordinamento generale*, in *L'atto autoritativo. Convergenze e divergenze tra ordinamenti*, cit.

[31] Sono noti, in proposito, gli impulsi della Corte europea dei diritti dell'uomo – si ricordano in relazione all'indennizzo, sez. I, 29 luglio 2004; Grande Camera 29 marzo 2006; in relazione alla reiterazione dei vincoli, sez. I, 15 luglio 2004 (casi Scordino c. Italia) e riguardo ai tempi della corresponsione dell'indennizzo, 30 gennaio 2001 (Mehmet c. Turchia); 17 maggio 2005 (Mason c. Italia). Sono altresì noti gli orientamenti della Corte cost. (dalla sent. n. 61 del 1957 fino alle recenti pronunce n. 348 e 349 del 2007); per un recente quadro G. AMOROSO, *La giurisprudenza costituzionale in tema di indennizzo espropriativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2008, 1031 ss.

[32] Per i termini del dibattito si v. P. STELLA RICHTER, *La perequazione urbanistica*, in *Riv. giur. ed.*, 2005, 169 ss.; P. MANTINI, *Scenari evolutivi del diritto urbanistico*, in *Riv. giur. ed.*, 1995, 111 ss.; S. AMOROSINO, *A.M. Sandulli e il regime dei suoli: un riformista non sufficientemente riconosciuto*, in *Dir. soc.*, 2006, 1 ss.; A. POLICE, *Gli strumenti di perequazione urbanistica: magia evocativa dei nomi, legalità ed effettività*, in *Riv. giur. ed.*, 2004, 3 ss.; P. URBANI, *I problemi giuridici della perequazione urbanistica*, in *Riv. giur. urb.*, 2002, 587; ID., *Ancora sui principi perequativi e sulle modalità di attuazione nei piani urbanistici*, in *Riv. giur. urb.*, 2004, 509 ss.; E. BOSCOLO, *Dalla zonizzazione alla perequazione urbanistica (il caso del prg di Reggio Emilia)*, in *Riv. giur. urb.*, 2000, 22 ss.

dico, cioè non voluto dall'ordinamento, che tuttavia non trova una riparazione a causa dell'applicazione di un modello di illecito colposo non coerente con il danneggiante-pubblica amministrazione.

È questa una linea che si impone oggi non in una logica individualistica di primato delle garanzie del singolo rispetto agli interessi generali né per un comune senso di giustizia o sulla base di considerazioni generali che, come avvenuto nel primo Novecento, potevano apparire prive di un adeguato radicamento nel diritto positivo. In questo senso milita oggi l'ordinamento giuridico, che ha posto al proprio fondamento i principi di uguaglianza e di solidarietà, anche nella loro proiezione costituita dalla regola della necessaria partecipazione alle spese pubbliche secondo il principio di capacità contributiva (art. 53 Cost.) e non secondo la logica del caso[33]. E che ha ormai da tempo accolto i principi di concorrenza e di *par condicio* delle imprese sul mercato[34], cui è sottoposta la stessa azione amministrativa anche pubblicistica, nei limiti in cui una deroga non sia giustificata dal necessario perseguimento di esigenze imperative di interesse generale[35].

---

[33] Pone l'accento sull'uguaglianza come principio fondante la responsabilità dell'amministrazione F. SATTA, *I soggetti dell'ordinamento. Per una teoria della responsabilità civile della pubblica amministrazione*, cit.; sviluppa queste ampie coordinate con specifico riguardo all'indennità di esproprio D. SORACE, *Gli indennizzi espropriativi nella Costituzione: fra tutela dell'affidamento, esigenze risarcitorie e problemi della rendita urbana*, cit.; ID., *Espropriazione per pubblica utilità*, cit., con riguardo alla responsabilità da atto lecito, v. G. CORSO, *La responsabilità della pubblica amministrazione da attività lecita*, cit.

[34] Per tutti v. M. D'ALBERTI, *Il diritto amministrativo fra imperativi economici e interessi pubblici*, in *Dir. amm.*, 2008, 51 ss.

[35] Diverse, a seconda dei settori, sono le tecniche di rilevanza degli interessi generali quali limiti alle libertà di mercato e alle regole di concorrenza. Si v. ad es. la nozione di «motivi imperativi di interesse generale» elaborata dalla Corte di giustizia nella propria giurisprudenza relativa alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione di servizi (art. 43 e 49 del Trattato), e richiamata dalla direttiva servizi (dir. 123/2006/CE) quale limite alla semplificazione (o alla eliminazione) dei procedimenti autorizzatori; o ancora la «missione d'interesse generale» cui fa riferimento l'art. 86

Anche la responsabilità della p.a. deve essere oggi adeguata a tali principi. Nonostante le importanti conquiste, le originarie barriere alla responsabilità dell'amministrazione non sembrano esser state effettivamente superate, ma sembrano unicamente aver trovato nuove vesti: la disciplina dei termini dell'azione, l'insindacabilità delle scelte discrezionali, l'asserito carattere meramente formale di alcune regole costituiscono i nuovi luoghi dell'irresponsabilità dell'amministrazione.

La compatibilità di tale assetto con i princìpi istituzionali che governano l'amministrazione (tra cui l'eguaglianza, la correttezza, il non abuso), e che dovrebbero dare il segno di una nuova e meno autoritaria legalità dell'amministrazione[36], appare oggi quantomeno dubbio.

Soprattutto in un sistema, qual'è il nostro, che arresta la soglia della responsabilità dei soggetti pubblici alla sfera dell'illecito. E che non considera la possibilità di estendere il principio di legalità ai danni che l'azione pubblica lecita, legittima arreca agli individui, calpestando loro diritti e interessi, pur talora fondamentali, per il bene comune.

Tale sistema, anche in considerazione delle aree di irresponsabilità dell'amministrazione (e di mancata tutela delle posizioni dei singoli) sembra così doversi aprire a questi sviluppi ulteriori del principio di responsabilità e di legalità che si riscontrano oggi, secondo diverse intensità, nei principali paesi europei[37].

I percorsi della responsabilità per atto illecito conducono così verso la responsabilità per atto lecito.

Le due responsabilità, senza confondersi, dovrebbero concorrere a creare un sistema di tutele distinte ma complementari.

---

par. 2 nel definire i limiti di applicazione delle regole del Trattato e in particolare di quelle di concorrenza ai servizi d'interesse generale (e alla loro regolazione). Per un inquadramento di fondo delle incidenze comunitarie E. PICOZZA, *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, Torino, 2004.

[36] ALB. ROMANO, *Conclusioni. Autoritarietà, consenso e ordinamento generale*, in *L'atto autoritativo. Convergenze e divergenze tra ordinamenti.*, cit.

[37] Tra cui, come si vedrà, quello francese, spagnolo e tedesco; sul punto v., il prossimo Capitolo II.

Tra esse, la garanzia avverso un'azione illecita viene a caratterizzarsi come reazione al disvalore implicito nell'antigiuridicità; e conduce ad un una tutela piena, in primo luogo di reintegrazione in forma specifica del bene o dell'interesse leso. Ed, in mancanza, esprime una pretesa ad una piena riparazione per equivalente, secondo un bilanciamento di valori risolto, a priori, dalla norma violata; e si carica di funzioni non solo compensative, ma anche di deterrenza[38], che trovano la loro espressione nella valutazione della specifica vicenda aquiliana e nella concreta determinazione della misura risarcitoria[39].

---

[38] F.D. BUSNELLI, *Deterrenza, responsabilità civile, fatto illecito, danni punitivi*, in *Europa e dir. priv*. 2009, 909. Il quale sottolinea come se «*Nessuno può dubitare che la funzione primaria della moderna responsabilità civile è, e presumibilmente continuerà a essere la funzione compensativa*» e per «*i danni non patrimoniali insuscettibili di valutazione economica si addice invece una funzione diversa, che convenzionalmente si esprime in termini di funzione satisfattiva*». «*Quest'ultima funzione può convivere con una funzione sanzionatoria, a seconda dei casi ancillare o trainante. Ma è al legislatore, e non al giudice che compete il potere di prevedere l'innesto di questa funzione sanzionatoria*» ricordando come «*una responsabilità civile che non accarezzi la deterrenza non è una vera responsabilità civile*».

[39] Sul punto, V. SCALISI, *Ingiustizia del danno e analitica della responsabilità civile*, cit.

CAPITOLO TERZO

BREVI CENNI AD ALCUNE SUGGESTIONI D'OLTRE FRONTIERA

1. *Premessa*

Molte sono le sollecitazioni che provengono dagli ordinamenti sovranazionali o stranieri al tema della responsabilità da atto lecito.

Le più decise sono quelle che derivano dall'Unione europea e dalla Cedu, nel loro ruolo di garanti dei diritti fondamentali: le Carte europee dei diritti e le istituzioni che le interpretano e le attuano definiscono *standard* minimi di tutela che oggi si impongono, secondo diverse forme, agli Stati nazionali, determinando radicali cambiamenti[1]. Queste implicazioni delle integrazioni eu-

[1] A fronte della complessità dell'attuale sistema multilivello di tutela dei diritti fondamentali, caratterizzato da un particolare dinamismo delle Corti non solo nella tutela dei diritti ma anche nella definizione di un equilibrio nei loro reciproci rapporti (sul punto S. CASSESE, *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Roma, 2009), una linea di tendenza appare chiara: la trasmigrazione di un'ulteriore sfera di sovranità nazionale a livello europeo e l'avvio di un ulteriore percorso di integrazione di ordinamenti, riguardante la Cedu.

Fragili sono infatti subito apparse le barriere poste dalla Corte che ha riconosciuto alla Cedu natura di norma internazionale pattizia, esecutiva attraverso l'ordine di esecuzione e collocata nel sistema delle fonti ad un livello «sub-costituzionale», cioè

ropee saranno esaminate nella Terza Parte di questo lavoro, in cui la responsabilità per atto lecito e il principio di compensazione saranno esaminati nella loro attuazione pratica, facendo

---

subordinato alla Costituzione, ma sovraordinato alla legge. In tal modo si è coniugata la forza di resistenza della Cedu (e della giurisprudenza della relativa Corte) alle leggi ordinarie successive con la sottoposizione al sindacato accentrato della Corte costituzionale: nel senso di escludere il sindacato diffuso e la disapplicazione della legge nazionale contrastante con la fonte sovraordinata. In questo quadro, la giurisprudenza successiva, a seguito dell'approvazione del Trattato di Lisbona, sulla base di molteplici elementi (il rinvio fatto dall'art. 6, par. 3, TUE ai diritti Cedu quali principi generali dell'Unione; l'obbligo dell'UE di aderire alla Cedu *ex* art. 6, par. 2; il riconoscimento da parte dell'UE dello *standard* minimo di protezione dei diritti assicurato dalla Cedu *ex* art. 52, par. 3, Carta dei diritti fondamentali), ha sostenuto la tesi della comunitarizzazione della Cedu, con applicazione del relativo regime e, soprattutto, dell'effetto diretto (così v. Cons. Stato 1220/2010; Tra Lazio 11984/2010; Cass., sez. III, n. 19985/2011). La Corte Costituzionale, con le successive sentenze nn. 129/2008, 317/2009, 80 e 113/2011, ha ribadito l'impianto e il sindacato accentrato, sottolineando, sul piano delle fonti, la differenza tra diritto dell'UE e della Cedu. Le resistenze della Corte su questo versante si accompagnano però al proseguire del cammino verso l'intreccio degli ordinamenti e la loro integrazione, che sembra costituire un evento ineludibile. Così per tutti S. CASSESE, *La giustizia costituzionale in Italia: lo Stato presente*, cit.; per un'opposta visione, ancorata ad una rigorosa analisi dei limiti formali derivanti dai Trattati, e con un approccio molto critico rispetto a visioni semplificanti e a pronunce definite «*sorprendenti*» E. CANNIZZARO, *Diritti diretti e diritti indiretti: i diritti fondamentali tra Unione, CEDU e Costituzione italiana*, in *Dir. Un. Eur.*, 2012, 23; al riguardo v. inoltre F. MANGANARO, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto di proprietà*, cit., 379 ss.

Sulla parabola comunitaria dei diritti fondamentali, che ha condotto, prima per mano della Corte di giustizia ad elaborare un sistema di diritti fondamentali europei, deducendoli dalle «*tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri*» e dalle convenzioni internazionali stipulati dagli Stati membri, quali la Cedu, e proteggendoli come parte integrante dei «*principi generali dell'ordinamento comunitario*», parabola che si è recentemente conclusa con l'approvazione della Carta dei diritti fondamentale, avente a seguito del Trattato di Lisbona, valore giuridico dei Trattati, v. R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Bologna, 2001; M.P. CHITI, *La Carta europea dei diritti fondamentali: una carta di carattere funzionale?*, in *RTDP*, 2002, 1; M. CARTABIA, *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione europea*, in *I diritti in azione* (a cura di M. Cartabia), Bologna, 2007; E. SCODITTI, *Il giudice comune e la tutela dei diritti fondamentali di fonte sovranazionale*, in *Foro it.*, 2010, V, 42 ss. Sicché è oggi possibile immaginare «*una non applicazione della norma nazionale che contrasti con un diritto fondamentale contemplato dalla carta*» (ID., *ibid.*, 43).

emergere, in concreto, le modificazioni indotte dal livello europeo.

Qui invece si avrà riguardo al modo in cui la responsabilità da atto lecito viene inquadrata, come problema interno, nell'ordinamento dell'Unione europea e di alcuni Stati nazionali al fine di verificare l'opportunità di una ricerca sul tema e l'eventuale esistenza di linee comuni che possano in qualche modo indirizzare l'analisi di istituti che, pur se calati nei diversi contesti nazionali, sono comunque coinvolti da più ampi processi, diretti o indiretti, di armonizzazione.

2. *La responsabilità da atto lecito delle istituzioni europee. Cenni ad alcuni recenti sviluppi*

Anche nell'ordinamento dell'Unione europea emerge il problema dei danni causati dalle istituzioni europee nel legittimo esercizio delle loro funzioni, problema che la giurisprudenza europea ha costantemente affrontato facendo riferimento alla responsabilità da atto lecito quale articolazione ulteriore della responsabilità extracontrattuale dell'Unione.

La base giuridica di una tale responsabilità è costituita dall'art. 340 TFUE (*ex* art. 288 TCE) comma 2 secondo cui «*In materia di responsabilità extracontrattuale, l'Unione deve risarcire, conformemente ai principi generali comuni ai diritti degli Stati membri, i danni cagionati dalle sue istituzioni o dai suoi agenti nell'esercizio delle loro funzioni*»[2]. Non compare in tale norma l'elemento della necessaria antigiuridicità della condotta causa-

[2] Per l'interpretazione della norma con cenni alla questione della responsabilità da atto lecito C. STEFANOU, H. XANTHAKI, *A Legal and Political Interpretation of Article 215 (2) [new Article 288 (2)] of the Treaty of Rome: The individual strikes back*, Aldershot-Brookfield USA-Singapore-Sidney, 2000, 85 ss.; su cui v. inoltre H.J. BRONKHORST, *The Valid Legislative Act as a Cause of Liability of the Communities*, in T. HEUKELS, A.C. MCDONNELL (a cura di), *The Action for Damages in Community Law*, The Hague-London-Boston, 1997, 153; Sulla responsabilità della Comunità da fatto lecito, H.G. SCHERMERS, D.F. WAELBROECK, *Judicial Protection in the European Union*, The Hague-London-New York, 2001, 556 ss.

tiva del danno, né della colpa e il criterio ordinante è individuato nel rinvio ai principi generali comuni degli Stati membri[3]. Sicché essa non pone una barriera formale all'ingresso di una responsabilità nel sistema dell'Unione che si collochi oltre la sussistenza del *contra jus*[4].

I casi più importanti che hanno posto i giudici comunitari di fronte alla possibilità di estendere la responsabilità delle istituzioni ai danni da atto lecito sono, com'è noto, due: il caso dell'embargo contro l'Iraq; e il caso riguardante la c.d. *guerra delle banane*[5].

Con la prima questione si è posto il problema dei danni derivati agli operatori economici dal Regolamento 2340 del 1990[6]

---

[3] Sull'ampio margine che la norma lascia alla Corte di Giustizia, la quale «*data anche la disparità di regimi giuridici in materia di responsabilità aquiliana vigenti nei vari ordinamenti, ha assunto un atteggiamento più libero, ricercando la soluzione ritenuta di volta in volta preferibile, senza darsi carico di un'accurata opera di comparazione, privilegiando comunque, tendenzialmente e implicitamente, i modelli francese e tedesco*» v. M. CLARICH, *La responsabilità nel sistema comunitario*, cit., 593.

[4] Sulla particolare valenza del *contra jus* comunitario v. M. CLARICH, *La responsabilità nel sistema comunitario*, cit., 593 che mette in evidenza la particolare conformazione dell'antigiuridicità rilevante (e cioè la violazione grave e manifesta di una norma attributiva di diritti) con l'esigenza di non frapporre ostacoli eccessivi alla realizzazione delle politiche comunitarie. M.P. CHITI, *La responsabilità dell'amministrazione nel diritto comunitario*, cit. che mette in evidenza, tra le peculiarità di tale responsabilità rispetto al sistema nazionale proprio l'apertura verso la responsabilità da atto lecito.

[5] Ma v. già le prime indicazioni contenute in Corte di Giustizia, *Sa Biovilac nv/CEE*, 6 dicembre 1984, C-59/83, § 28, riguardante la richiesta risarcitoria formulata da una società produttrice di mangimi derivati da siero di latte a seguito dell'adozione di una serie di regolamenti (nn. 368/77, 443/77, 1753/82, 2923/82) volti a ridurne notevolmente il prezzo di vendita.

[6] Il regolamento aveva a sua volta indotto l'adozione da parte del «*Consiglio superiore della rivoluzione della Repubblica irachena*» della l. 57/90 (tutela del patrimonio, degli interessi e dei diritti iracheni all'interno e all'esterno dell'Iraq) la quale congelava, con effetto retroattivo, tutti i beni dei soggetti appartenenti agli Stati che avessero adottato «decisioni arbitrarie» contro l'Iraq. La Corte di Giust. riterrà legittima la misura dell'embargo, disposta a seguito di analogo provvedimento adottato in seno alle Nazioni Unite (Ris. 6 agosto 1990, n. 661) e al fine del «*mantenimento della pace e della sicurezza internazionali*». In tali ipotesi l'atto normativo, pur producendo «*effetti che colpiscono il libero esercizio di attività economiche*», è tuttavia lecito, in quanto «*l'importanza degli obiettivi perseguiti …è tale da giustificare conseguenze negative anche considerevoli, per taluni operatori*».

che aveva disposto, in attuazione delle decisioni del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite[7], l'embargo contro l'Iraq. Investiti delle richieste risarcitorie, sia il Tribunale di prima istanza sia la Corte di Giustizia, hanno rigettato le azioni proposte[8].

I giudici comunitari non hanno tuttavia motivato il rigetto escludendo *a priori* la possibilità di configurare una responsabilità per atto lecito delle istituzioni comunitarie. Anzi, se la Corte eluderà la questione non ritenendo raggiunta la prova dei danni subiti, con la sentenza del Tribunale di tale responsabilità viene delineata l'astratta fisionomia. E, innanzitutto, ne vengono individuati i presupposti, consistenti nella sussistenza di un nesso di causalità, di un'azione lecita e di un danno non solo effettivo e certo ma anche «speciale» e «anormale». «*Danno speciale*» sarebbe poi quello che «*riguardi una categoria particolare di operatori economici in maniera sproporzionata rispetto agli altri operatori*» e, per danno «*anormale*», quello che «*superi i limiti dei rischi economici inerenti alle attività nel settore di cui trattasi*». Viene poi posto un elemento negativo: che il danno non sia «*giustificato da un interesse economico generale*»[9].

---

[7] E in particolare della risoluzione del Consiglio di sicurezza n. 660 (1990), che ha condannato l'invasione del Kuwait da parte dell'Iraq e ordinato il ritiro e n. 661 (1990), con cui sono state disposte le misure sanzionatorie. Sui problemi derivati dalle sanzioni economiche alle imprese si v. M. GESTRI, *Sanzioni economiche contro l'Iraq ed inadempimento di contratti commerciali (nota a Pretura di Massa, ordinanza 4 aprile 1991)*, in *Foro it.*, 1991, I, c. 2922.

[8] Ricorre una società prestatrice di servizi in favore del *Ministry of works and housing* della Repubblica irachena, § 2. La *Dorsch Consult Ingenieurgesellschaft mbH*, in particolare, lamentava che l'embargo comunitario aveva reso irrecuperabili i crediti vantati nei confronti del governo iracheno per la prestazione di servizi relativi all'organizzazione ed allo svolgimento dei lavori collegati alla costruzione dell'*Iraq Express Way* n. 1. Si noti che la ricorrente ha formulato la propria richiesta risarcitoria alternativamente come derivante da un atto lecito o come responsabilità da atto illecito derivandola dall'illiceità dell'atto che nel disporre l'embargo non aveva previsto l'indennizzo dei danni da esso derivanti. Le due azioni verranno equiparate dalla Corte (sul punto, espressamente, Corte di Giustizia, *Dorsch Consult Ingenieurgesellschaft mbH c. UE*, sez. V, 15 giugno 2000, C-237/98, §§ 97 ss.).

[9] Trib. I grado, sez. II, *Dorsch Consult Ingenieurgesellschaft mbH c. UE*, 28 aprile 1998, T-184/95; Corte di Giustizia, *Dorsch Consult Ingenieurgesellschaft mbH c. UE*,

Il successivo caso (che si inserisce nella c.d. *guerra delle banane*[10]) ha riguardato una vicenda nella quale alcuni operatori economici dell'Unione furono colpiti da una misura sanzionatoria autorizzata dall'OMC (una sovrattassa doganale imposta dagli Stati Uniti)[11] in seguito ad una violazione da parte dell'Unione europea del GATT[12].

Anche se in questa ipotesi, come è stato diffusamente notato, i confini del lecito e dell'illecito tendono a confondersi[13], la

---

sez. V, 15 giugno 2000, C-237/98; conferma la sentenza Trib. I grado 24 aprile 2002, causa T-220/96, *Elliniki Viomichania Oplon AE (EVO) c. Consiglio e Commissione*, *Racc.*, II-2265, riguardante i danni subiti da una società greca produttrice di armi che si era vista opporre rispetto all'esecuzione forzata di una sentenza condanna contro Central Bank of Iraq le misure di «ritorsione» adottate dall'Iraq a seguito dell'embargo. A margine di tale sentenza si v. S. MARINAI, *Danni causati dall'embargo contro l'Iraq e responsabilità extracontrattuale della Comunità*, in *Dir. Un. Eur.*, 2003, 88 e, per un più ampio inquadramento, M.P. CHITI, *La responsabilità dell'amministrazione nel diritto comunitario*, cit.

[10] Per il contesto si v. F. CORTESE, *La «guerra delle banane» e la questione della responsabilità civile del «legislatore» comunitario: i nodi vengono al pettine?*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2010, 87.

[11] La sovrattassa colpiva fino a concorrenza di un importo annuo di scambi, l'importazione di alcuni prodotti, tra cui le «batterie piombo-acido, diverse da quelle utilizzate per l'accensione di motori a pistoni o come fonte primaria di energia per i veicoli elettrici», nonché gli «oggetti da tasca con superficie esterna in plastica o con rinforzi in plastica».

[12] Le misure si ponevano quale rappresaglia al mancato adeguamento, da parte dell'Unione, agli Accordi generali sulle tariffe doganali e sul commercio (GATT) e sul commercio dei servizi (GATS), conclusi nel 1994 nell'ambito della W.T.O. In contestazione era in particolare il favorevole regime di importazione delle banane provenienti da alcuni Stati dell'Africa, dei Caraibi e del Pacifico, cofirmatari della Convenzione di Lomé del 15 dicembre 1989. Sul punto *amplius* F. CORTESE, *La «guerra delle banane» e la questione della responsabilità civile del «legislatore» comunitario: i nodi vengono al pettine?*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, cit.

[13] È qui emerso il problema della possibilità per il giudice comunitario di valutare la liceità del comportamento delle proprie istituzioni avendo quale parametro le norme proprie della W.T.O. Negativa sarà la decisione al riguardo assunta dal Tribunale: «*Nonostante sia intervenuto un accertamento di incompatibilità da parte dell'ORC, le norme dell'OMC non costituiscono, nella fattispecie, né in forza di particolari obblighi a cui la Comunità avrebbe inteso dare esecuzione, né in forza di un rinvio espresso a disposizioni precise, norme rispetto alle quali può essere valutata la liceità del comportamento delle istituzioni*». La statuizione passa inoltre per l'irrilevanza della violazione

questione è stata ascritta dai giudici comunitari al problema della responsabilità da atto lecito e ha condotto a delle prese di posizione generali sul tema.

Diverse a questo proposito sono state le posizioni del Tribunale di prima istanza (Grande Sezione) e della Corte.

Il Tribunale di prima istanza ha innanzitutto respinto la tesi del carattere illecito dell'azione dell'Unione, sanzionata in sede OMC[14], ma, nel contempo, ha ribadito quanto già precedentemente affermato e cioè che la liceità della condotta non comporta che «*le imprese le quali, in quanto categoria di operatori economici, devono sopportare una parte sproporzionata degli oneri derivanti da una restrizione all'accesso a mercati d'esportazione, non possano in alcun caso ottenere una compensazione facendo valere la responsabilità extracontrattuale della Comunità*»[15].

---

dei principi di tutela del legittimo affidamento, di certezza del diritto e di buona amministrazione (nonché di tutela del diritto di proprietà e dell'iniziativa economica privata), pure invocati dalle società ricorrenti (Trib. I grado, Grande Sezione, *Fiamm c. UE*, 14 dicembre 2005, T-69/00, §§ 144 ss.). Il «*mantenimento in vigore. di un regime incompatibile con gli accordi OMC*» e la conseguente, necessitata, decisione dell'amministrazione statunitense di adottare «*la misura di ritorsione, nel rispetto delle procedure istituite dall'IRC e accettate dalla Comunità*» sarebbe rilevante in quest'ottica al solo fine della positiva verifica in ordine alla sussistenza del nesso di causalità tra condotta pregiudizievole e danno lamentato dagli operatori economici privati (così Trib. I grado, cit., §§ 183 ss.). La Corte si richiama poi anche all'esigenza di evitare che un sindacato troppo incisivo sottragga agli organi legislativi o esecutivi «margini di manovra» di cui viceversa dispongono gli organi analoghi delle controparti commerciali della Comunità (C.G.U.E., Grande Sezione, 9 settembre 2008, C-120/06 e C-121/06, §§ 119). Sul punto v. F. CORTESE, *La «guerra delle banane» e la questione della responsabilità civile del «legislatore» comunitario: i nodi vengono al pettine?*, cit. e P. MENGOZZI, *Les caractéristiques spécifiques de l'Union européenne dans la perspective de son adhésion à la CEDH*, in *Dir. UE*, 2010, 231. Dalla dimostrata insindacabilità delle scelte normative censurate, la Corte fa poi ulteriormente discendere il rigetto della domanda risarcitoria spiegata nei confronti delle istituzioni comunitarie e, conseguentemente, la riforma della motivazione del Tribunale laddove ha riconosciuto l'esistenza di un regime di responsabilità extracontrattuale della Comunità derivante dall'esercizio legittimo di attività rientranti nella sfera normativa C.G.U.E., Grande Sezione, *Fiamm c. UE*, 9 settembre 2008, C-120/06 e C-121/06, § 179.

[14] Sul punto e per cenni all'enorme problema dei rapporti tra ordinamenti nel definire la separazione tra lecito e illecito v. la precedente nota.

[15] Trib. UE, Grande Sezione, *Fiamm c. UE*, 14 dicembre 2005, T-69/00, § 157.

La tesi dell'irrilevanza della qualifica, lecita o illecita, della condotta quale elemento costitutivo dell'obbligazione risarcitoria a carico delle istituzioni comunitarie viene così ulteriormente confermata[16].

In quest'ottica il Tribunale si richiama ai «*principi generali comuni ai diritti degli Stati membri*»[17]: tra tali principi vi sarebbe il riconoscimento – ancorché secondo modi e forme diverse – della necessaria compensazione delle conseguenze pregiudizievoli di una condotta lecita dannosa posta in essere nell'interesse generale[18]. Nonostante tali premesse, la richiesta risarcitoria viene tuttavia, anche in questo caso, respinta nel merito, non riscontrandosi il necessario carattere di *anormalità* del danno[19].

---

[16] In questo senso la sentenza ha ricevuto un positivo accoglimento in dottrina S. CORONGIU, *Le Istituzioni comunitarie possono essere responsabili anche per atto lecito: una sentenza storica del Tribunale di Primo Grado*, in *Corriere giur.*, 2006, 642 ss.; G. MONTELLA, *La responsabilità extracontrattuale della Comunità e la gestione politica degli effetti delle norme convenzionali*, in *DPCE*, 2006, 840 ss., M. SCHMAUCH, *Non-compliance with WTO law by the European Community - neither unlawful conduct nor unusual damage*, in *European Law Reporter*, 2006, 98 ss.

[17] Si ricorderà che ai sensi dell'art. 340 TFUE (*ex* art. 288 TCE) comma 2: «*In materia di responsabilità extracontrattuale, l'Unione deve risarcire, conformemente ai principi generali comuni ai diritti degli Stati membri, i danni cagionati dalle sue istituzioni o dai suoi agenti nell'esercizio delle loro funzioni*».

[18] «*L'art. 288, secondo comma, CE basa l'obbligo che esso impone alla Comunità di risarcire i danni causati dalle sue istituzioni sui 'principi generali comuni ai diritti degli Stati membri' senza limitare, di conseguenza, la portata di tali principi al solo regime della responsabilità extracontrattuale della Comunità per comportamento illecito delle dette istituzioni. Orbene, i diritti nazionali della responsabilità extracontrattuale consentono ai singoli, anche se in misura variabile, in settori specifici e secondo modalità diverse, di ottenere in via giudiziale il risarcimento di taluni danni, anche in assenza di un'azione illecita dell'autore del danno. Nel caso di un danno causato da un comportamento delle istituzioni della Comunità la cui illiceità non è dimostrata, la responsabilità extracontrattuale della Comunità può sorgere quando siano cumulativamente soddisfatte le condizioni relative all'effettività del danno, al nesso di causalità tra il danno e il comportamento delle istituzioni comunitarie e al carattere anormale e speciale del danno in questione (v., in tal senso, sentenza 15 giugno 2000, Dorsch Consult/Consiglio e Commissione,* cit. *supra al punto 155, punto 19)*». (Trib. I grado, *Fiamm c. UE*, Grande Sezione, 14 dicembre 2005, T-69/00, §§ 158 ss.).

[19] «*L'eventualità di una sospensione delle concessioni tariffarie, misura prevista dagli accordi OMC e caso presentatosi nella fattispecie, è una delle vicende inerenti al si-*

La decisione è stata accolta con grande favore dalla dottrina. La quale, nonostante il dubbio sull'effettiva liceità di una condotta violativa del diritto dell'OMC, aveva potuto così ritenere confermata la vigenza di una regola generale di responsabilità della Comunità conseguente ad un atto lecito, in presenza di un danno 'anormale' e 'speciale'[20].

Tuttavia, l'affermazione di tale principio generale è stata poi superata in grado d'appello dalla Corte di Giustizia, che ha chiarito alcuni ulteriori punti circa l'approccio del diritto europeo alla questione della responsabilità da atto lecito[21].

Su questo specifico profilo netta è la posizione della Corte: «*Il Tribunale ha commesso un errore di diritto proclamando l'esistenza di un regime di responsabilità extracontrattuale della Comunità derivante dall'esercizio legittimo di attività rientranti nella sfera normativa. Allo stato attuale dell'evoluzione del diritto comunitario, non esiste un regime di responsabilità che consenta di far sorgere la responsabilità della Comunità per un comportamento rientrante nella sfera della competenza normativa di quest'ultima in una situazione in cui l'eventuale non conformità di tale comportamento agli accordi OMC non può essere invocata dinanzi al giudice comunitario*»[22].

---

stema attuale del commercio internazionale. Di conseguenza, tale vicenda viene necessariamente sopportata da qualsiasi operatore che decida di immettere la sua produzione sul mercato di uno dei membri dell'OMC» (Trib. I grado, Grande Sezione, *Fiamm c. UE*, cit., § 205).

[20] Così ad es. G. CORSO, *La responsabilità della pubblica amministrazione da attività lecita*, cit.

[21] Corte di Giustizia, Grande Sezione, *Fiamm c. UE*, 9 settembre 2008, C-120/06 e C-121/06.

[22] Corte di Giustizia, *ult. cit.*, §175. La sentenza è stata prevalentemente letta dalla dottrina, come una svolta di chiusura M.P. CHITI, *La responsabilità dell'amministrazione nel diritto comunitario*, cit.; A. ALEMANNO, M. SCHMAUCH, *At the end of the tunnel there is… darkness: The ECJ denies EC liability for WTO non-compliance*, in *European Law Reporter*, 2008, 347 ss.; L. COUTRON, *Responsabilité pour faute et responsabilité sans faute en droit communautaire. Les approximations de l'arrêt FIAMM. Note sous CJCE 8 septembre 2008, FIAMM, aff. jointes n. C-120/06 et C-121/06*, in *Revue française de droit administratif*, 2009, 329 ss.; E. D'ALTERIO, *La «guerra delle banane»: rapporti tra ordinamenti e responsabilità delle istituzioni comunitarie*, in *Giorn. dir.*

Non esiste dunque, ad avviso della Corte, un principio *generale* di responsabilità per atto lecito delle istituzioni europee. Peraltro, sempre nella ricostruzione della Corte, non sarebbe neppure rinvenibile un principio generale comune ai diritti degli Stati membri, concernente la generale responsabilità delle istituzioni pubbliche per fatto lecito[23].

Tuttavia, di là da tale generale affermazione, la Corte riconosce che tale responsabilità può ricorrere allorché il legislatore espressamente la preveda. Sottolinea al riguardo la Corte come la negazione di un principio generale «*non pregiudica l'ampio potere di valutazione discrezionale di cui eventualmente dispone il legislatore comunitario per accertare se, al momento dell'adozione di un dato atto normativo, la presa in considerazione di taluni effetti dannosi derivanti da tale adozione giustifichi la previsione di talune forme di risarcimento*»[24].

Inoltre afferma l'operare della responsabilità per atto lecito per i diritti fondamentali e per i diritti, quali la proprietà e l'iniziativa economica, che presentano il carattere di principi generali del diritto europeo, riconducendo tale affermazione al particolare e diverso regime di tali diritti.

Al riguardo la Corte innanzitutto ribadisce la sua «*costante giurisprudenza*» secondo cui «*i diritti fondamentali fanno integralmente parte dei principi generali di cui la Corte assicura il rispetto*».

---

amm., 2009, 490 ss.; G. GATTINARA, *La sentenza FIAMM della Corte di giustizia: dalla tutela giurisdizionale all'immunità dalla giurisdizione?*, in *Dir. com. scambi*, 2009, 65 ss.; C. WEISSE, MARCHAL, *Responsabilité extracontractuelle de la Communauté du fait de son activité normative*, in *Recueil Le Dalloz*, 2008, 3129 ss.

[23] Corte di Giustizia, *ult. cit.*, *ibidem*. Sulla controversa interpretazione dei principi generali comuni agli Stati in materia di responsabilità da atto lecito si v. le diverse posizioni espresse oltre che dal Tribunale nella sentenza riformata, dall'avvocato generale *Maduro*. Sul punto v. F. CORTESE, *La «guerra delle banane» e la questione della responsabilità civile del «legislatore» comunitario: i nodi vengono al pettine?*, cit., 87 e M.P. CHITI, *La responsabilità dell'amministrazione nel diritto comunitario*, cit.

[24] V. Corte di Giustizia, *ult. cit.*, § 181 in cui è richiamata, in materia di politica agricola, la precedente sentenza, *Booker Aquaculture e Hydro Seafood*, 10 luglio 2003, cause riunite C-20/00 e C-64/00, § 85.

E «*quanto al diritto di proprietà e alla libertà di esercizio delle attività professionali*» sottolinea poi che «*la Corte ha da lungo tempo riconosciuto il loro carattere di principi generali del diritto comunitario, sottolineando che non costituiscono tuttavia prerogative assolute, ma che vanno considerati alla luce della loro funzione sociale. In questo modo, essa ha affermato che, se possono essere apportate restrizioni all'applicazione del diritto di proprietà e al libero esercizio di un'attività professionale, in particolare nell'ambito di un'organizzazione comune di mercato, ciò avviene a condizione che tali restrizioni rispondano effettivamente ad obiettivi di interesse generale perseguiti dalla Comunità e non costituiscano, rispetto allo scopo perseguito, un intervento sproporzionato ed inaccettabile, tale da ledere la sostanza stessa dei diritti così garantiti*»[25].

E dalla particolare rilevanza di tali diritti trae quindi l'importante conclusione secondo cui «*un atto normativo comunitario la cui applicazione determina restrizioni del diritto di proprietà e del libero esercizio di un'attività professionale che causerebbero un danno sproporzionale e inaccettabile alla sostanza stessa di tali diritti, per l'appunto nel caso in cui eventualmente non fosse stato previsto un risarcimento che possa evitare o attenuare tale danno, potrebbe far sorgere la responsabilità extracontrattuale della Comunità*».

È questa una presa di posizione assai importante che non sembra frutto di un atteggiamento di contingente chiusura rispetto ad un principio, quello della responsabilità da atto lecito che, prima riconosciuto e poi negato ma delineato nella sua fisionomia, sarebbe comunque in procinto di riespandersi nuovamente secondo un suo naturale corso[26].

---

[25] V., in particolare, Corte di giustizia, *Schräder HS Kraftfutter*, 11 luglio 1989, C-265/87, § 15; *Germania/Consiglio*, cit., § 78; e 30 giugno 2005, *Alessandrini e a./Commissione*, C-295/03 P, § 86.

[26] Sembra, ad es., cogliere i segni di un simile percorso, A. CRISMANI, *Le indennità nel diritto amministrativo*, Torino, 2012, 224 ss.

La posizione della Corte, attenta ad un bilanciamento tra opposte istanze, individuali e generali, e attenta alla natura e alla portata delle posizioni coinvolte più che ad un'astratta considerazione del principio e della liceità o dell'illiceità della condotta delle istituzioni, sembra definire innanzitutto un metodo nell'analisi del problema della responsabilità da atto lecito: e cioè guardare in concreto alle posizioni e agli interessi coinvolti e sacrificati nell'interesse generale e alla *proporzionalità*, *all'accettabilità* degli equilibri delle relazioni sottese alle scelte pubbliche.

Secondo questo metodo, e pur con tutti i limiti del richiamo a categorizzazioni non sempre precise e non sempre ugualmente evocative nei diversi contesti giuridici, dalle affermazioni della Corte sembra così potersi ricavare un principio generale di responsabilità per atto lecito valevole per tutte le violazioni di diritti fondamentali (e di diritti afferenti ai principi generali del diritto comunitario) che tocchino tali diritti nel loro nucleo essenziale, cui oggi fa riferimento l'art. 52 comma 2 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione[27].

Si definisce così un ulteriore limite dell'agire lecito dei pubblici poteri, valevole in quelle eccezionali ipotesi in cui sia consentito incidere sul contenuto dei diritti fondamentali: i diritti lesi pur lecitamente devono essere riparati.

E si definisce questo come un principio di *responsabilità* immediatamente operativo e non implicante l'intermediazione del legislatore: esso sembra cioè vincolare immediatamente le istituzioni europee e quindi l'amministrazione ed essere direttamente applicabile dal giudice. E, secondo percorsi che si tenterà di verificare in questo studio, sembra impattare in modo dirompente nel nostro ordinamento, in cui, nonostante le dichiarazioni di principio, ancora frequentemente il fine pubblico si afferma con

[27] Per una diversa lettura si v. M.P. CHITI, *La responsabilità dell'amministrazione nel diritto comunitario*, cit., che pur negando tale principio pone significativamente l'accento sulla proporzionalità degli assetti d'interessi quale limite della responsabilità dell'amministrazione, evidenziando un punto generalmente posto in secondo piano nelle letture della sentenza in esame.

il sacrificio (non compensato) dei diritti pur fondamentali della persona[28].

La rilevanza della giurisprudenza europea non si arresta tuttavia ai diritti fondamentali (o afferenti a principi generali). Sebbene la Corte neghi l'esistenza di un principio *generale* di responsabilità per atto lecito oltre la lesione dei diritti fondamentali, di tale principio non esclude ogni rilevanza: di esso definisce le coordinate generali e soprattutto chiama in causa la *discrezionalità* del legislatore[29]. Sarà quindi il legislatore (o l'amministrazione titolare di poteri discrezionali) a dover concretamente comparare e valutare i diversi interessi in gioco e definire in concreto l'ambito delle compensazioni riconosciute a fronte dell'imposizione di sacrifici individuali. Il che tuttavia, come vedremo, soprattutto quando vengano in rilievo scelte discrezionali rimesse all'amministrazione (come ad es. la localizzazione di una discarica), non si traduce nella libertà di lasciare irreparati tutti i

---

[28] Sul punto v. Parte III Capitoli I e II.

[29] È questa una affermazione che ha indotto a domandarsi se, nel diverso contesto della C.Edu, avrebbe assunto rilevanza scriminante l'aver perseguito, con la condotta pregiudizievole, un interesse economico generale dei Paesi dell'Unione P. MENGOZZI, *Les caractéristiques spécifiques de l'Union européenne dans la perspective de son adhésion à la CEDH*, in *DUE*, 2010, 231, il quale, nel rilevare la diversa lettura dei diritti fondamentali nei diversi contesti, comunitario e del Consiglio d'Europa, osserva: «*Or, cette dérogation particulière ne fait pas partie des cas prévus explicitement et autorisés par la Cour EDH. On sait que la Cour EDH a une conception particulièrement étroite des conditions dans lesquelles une restriction peut être apportàe à un droit consacré par la Convention, et il n'est pas certain qu'elle accueillerait facilement l'exception tirée de la préservation de l'intérêt général de l'Union. Par ailleurs, il faut également rappeler la particularité de la situation révélée par l'arrêt Fiamm, car l'on se situe ici dans le domaine de la politique commerciale commune, et les enjeux du commerce international sont d'une complexité extrême. Or, la Cour EDH, à l'occasion de son contrôle, ne prendrait en compte que la seule Convention, qui lui sert de norme de référence. De toute manière, quelle que soit l'appréciation que l'on ait de la pondération que la Cour de justice a opéré entre les droits de la défense et l'intérêt général de la Communauté, en raison du caractère tout à fait spécifique lié au fait que l'Union doit gérer la politique commerciale de 27 États membres à l'égard du reste du monde, il est peut-être souhaitable que, si une réflexion devait s'engager afin d'aboutir à un résultat nouveau, celle-ci s'amorce et s'organise au sein du système de l'Union européenne*».

pregiudizi non gravemente lesivi di diritti fondamentali; tale opzione sembra oggi preclusa dall'odierno imporsi di principi «*di civiltà giuridica*»[30] che, secondo quanto si cercherà di dimostrare, inducono oggi ad ipotizzare l'esistenza di una regola o di un principio di compensazione.

Queste proposizioni sono dunque di rilevanza centrale per lo sviluppo del problema della responsabilità da atto lecito nel nostro ordinamento. Esse pongono l'accento sull'importanza del tema che, ad oggi, non sembra aver trovato adeguato spazio nel dibattito italiano[31]. In secondo luogo divengono immediatamente rilevanti nell'ambito del diritto amministrativo italiano, tra l'altro, «*in relazione al disposto della legge sul procedimento amministrativo secondo cui l'attività amministrativa è retta, fra l'altro, dai principi dell'ordinamento comunitario*»[32].

3. *Brevi cenni alle principali tendenze di alcuni ordinamenti europei*

Stimoli alla ricerca sembrano giungere anche dagli ordinamenti dei maggiori Stati europei.

Com'è noto e come mostrano le indagini comparatistiche sull'argomento[33], la responsabilità da atto lecito, oltre ad essere

---

[30] Per un quadro dei limiti oggi opponibili al potere discrezionale dell'amministrazione v. ALB. ROMANO, *Conclusioni. Autoritarietà, consenso e ordinamento generale*, cit.

[31] Lo denuncia da ultimo A. TRAVI, *Recensione a Georges Teisser, La responsabilité de la puissance publique, Paris, Editions La Memoire du Droit, 2009 (Collection de la Faculté Jean-Monnet)* in *Dir. pubbl.*, 2009, 1017.

[32] Così G. CORSO, *La responsabilità della pubblica amministrazione da attività lecita*, cit., proprio in relazione al generale principio di responsabilità per atto lecito che, come si è visto, aveva riconosciuto senza alcun distinguo il Tribunale di primo grado riformato dalla sentenza in esame della Corte di giustizia, a proposito del caso *Fiamm c. UE*.

[33] Per le quali v. D. FAIRGRIEVE, *State Liability in Tort (a Comparative Law Study)*, cit. e di cui si v. in particolare il Cap. 5 (*Lawfully Caused Loss*); J. BELL, *Governmental Liability: Some Comparative Reflections*, in *InDret* (*www.indret.com*), 2006, 322; CONSEIL D'ÉTAT, *Rapport pubblic*, *2005*, *Responsabilité et socialisation du risque*, Paris, 2005;

oggetto di un dibattito internazionale, è oggi riconosciuta come principio e come regola operativa nei principali paesi dell'Unione e, segnatamente, in Germania, Francia, e Spagna; e, alle questioni da essa poste, non sembra indifferente neppure l'ordinamento inglese.

Ad essi converrà dunque volgere un rapido sguardo, soprattutto tenendo conto della prospettiva di convergenza degli ordinamenti europei su temi che, come la responsabilità, in quanto connessi alla tutela dei diritti sono ormai da tempo interessati da processi di osmosi e armonizzazione.

3.1. *Germania*

Lontane sono le radici storiche della responsabilità da atto lecito in Germania. Le quali, sul piano teorico, devono ricondursi senz'altro e innanzitutto alle riflessioni di Otto Mayer[34] il quale, com'è noto, aveva posto l'equità alla base di un modello unitario di responsabilità dello Stato, comprendente il lecito e l'illecito, e costruito attorno al concetto di sacrificio speciale (*besondere Opfer*) dell'individuo quale danno ingiusto, ineguale, pregiudizievole e pertanto da ripararsi, salvo eccezioni, attraverso l'indennità di diritto pubblico (*öffentliche Entschädigung*)[35].

E. CANNADA BARTOLI (a cura di), *La responsabilità della pubblica amministrazione. Studi di diritto comparato*, cit.; G. CAZZETTA, *Responsabilità aquiliana e frammentazione del diritto comune civilistico (1865-1914)*, Milano, 1991, 516 ss.; D. SORACE (a cura), La *responsabilità pubblica nell'esperienza giuridica europea*, Bologna, 1994; M. CARRÀ, *L'esercizio illecito della funzione pubblica. Fondamento, presupposti e regime*, Torino, 2005; A. LAZARI, *Modelli e paradigmi della responsabilità dello Stato*, Torino, 2005, 176; J. ZILLER, *Modelli di responsabilità dell'amministrazione in alcuni ordinamenti europei*, in *La responsabilità della pubblica amministrazione per lesioni di interessi legittimi*, *Atti del LIV convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, Milano, 2009, 43 ss.

[34] OTTO MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, cit., 357 (che si v. anche nella traduzione francese, *Le droit administratif allemand*, Parigi, I, 1903; II, 1904; III 1906).

[35] Sul contributo del Mayer e più in generale per l'esperienza tedesca si v. M. CARRÀ, *L'esercizio illecito della funzione pubblica. Fondamento, presupposti e regime*, cit.; U. KARPEN, *L'esperienza della Germania*, in *La responsabilità pubblica nell'esperienza giuridica europea* a cura di D. Sorace cit., 132; G. CAZZETTA, *Responsabilità aquiliana e frammentazione del diritto comune civilistico (1865-1914)*, cit., 516 ss.

Peraltro già il Codice generale prussiano del 1794 aveva previsto che «*lo Stato è tenuto ad indennizzare chi è costretto a sacrificare i suoi diritti e vantaggi individuali per il bene comune*»[36] e, sebbene poi la norma fosse stata riferita – nell'immediata applicazione e nelle successive formulazioni costituzionali[37] – alla sola garanzia per l'espropriazione, la giurisprudenza ne riestese ben presto l'ambito ad ogni sacrificio patrimoniale e non patrimoniale legittimamente imposto nell'interesse generale (indennità per c.d. sacrificio - *Aufopferung*), richiamandosi al principio dello Stato sociale[38].

Anzi, questa forma di responsabilità per fatto legittimo fu poi applicata anche alle ipotesi di attività illegittime e colpose, a coprire ogni forma di intrusione dei poteri pubblici nei diritti patrimoniali (quasi-espropriazione) o non patrimoniali (per quasi-sacrificio) dell'individuo[39].

Di qui il sistema attuale del diritto tedesco in cui, accanto ad una responsabilità per illecito[40], si affiancano le responsabilità per sacrificio ed espropriazione (*responsabilità per lesione in senso ampio - Aufopferung*) intese nell'ampio senso ora visto. Emergono poi, a completare gli strumenti di tutela del soggetto

---

[36] Sul punto v. U. KARPEN, *L'esperienza della Germania*, cit., 148; J. ZILLER, *Modelli di responsabilità dell'amministrazione in alcuni ordinamenti europei*, in *La responsabilità della pubblica amministrazione per lesioni di interessi legittimi*, cit., 69.

[37] E, segnatamente, nell'art. 153 della Costituzione di Weimar del 1919 e nell'art. 14 della Costituzione vigente. Sul punto v. U. KARPEN, *L'esperienza della Germania*, cit., 148.

[38] U. KARPEN, *L'esperienza della Germania*, cit., 143.

[39] U. KARPEN, *L'esperienza della Germania*, cit., 148; J. ZILLER, *Modelli di responsabilità dell'amministrazione in alcuni ordinamenti europei*, in *La responsabilità della pubblica amministrazione per lesioni di interessi legittimi*, cit., 70. Per questa svolta entrambi si richiamano ad una pronuncia della Corte federale di giustizia del 1952.

[40] Derivata dalla responsabilità per violazione dei doveri d'ufficio da parte del titolare di un pubblico ufficio (*Amtshaftung*). Sul punto e per la più generale rappresentazione del complesso sistema tedesco di responsabilità v. G. JAENICKE e P. SELMER, *La responsabilità dello Stato per l'azione antigiuridica dei suoi organi amministrativi nella Repubblica Federale Tedesca*, in E. CANNADA BARTOLI, *La responsabilità della pubblica amministrazione*, *Studi di diritto pubblico comparato*, cit., 85 ss.

leso, altre forme di responsabilità senza colpa[41], tra cui la responsabilità per attività rischiose ed altri rimedi apprestati dalla giurisprudenza contro i danni causati dallo Stato[42].

È questo un quadro di cui si sottolineano la complessità e la dubbia effettività. Ma a prescindere da tali rilievi critici, ciò che ai nostri fini merita sottolineare è che in esso si iscrive senz'altro la presenza di un principio di garanzia dei singolo per i sacrifici imposti nell'interesse generale[43].

3.2. *Francia*

Anche alla Francia deve guardarsi innanzitutto per la costruzione teorica del modello[44]. Fondamento del quale è senza dubbio quel principio di uguaglianza affermato con forza già nella Dichiarazione dei diritti dell'uomo del 1789, anche nella sua dimensione di uguaglianza rispetto ai carichi pubblici[45].

Tale principio implica infatti che ogni pregiudizio cagionato dal potere pubblico debba essere riparato, perché non può ammettersi che un cittadino possa subire, più di altri, il peso dell'intesse generale[46]. E, nella sua concreta applicazione, si è tra-

---

[41] Sulla improprietà del riferimento ad una responsabilità senza colpa e sul carattere stipulativo, ma non improprio, della trasposizione concettuale si v. J. ZILLER, *Modelli di responsabilità dell'amministrazione in alcuni ordinamenti europei*, in *La responsabilità della pubblica amministrazione per lesioni di interessi legittimi*, cit., 69.

[42] Per la rappresentazione dei quali v. U. KARPEN, *L'esperienza della Germania*, cit., 152 ss.; e l'ampia analisi di G. JAENICKE e P. SELMER, *La responsabilità dello Stato per l'azione antigiuridica dei suoi organi amministrativi nella Repubblica Federale Tedesca*, in E. CANNADA BARTOLI, *La responsabilità della pubblica amministrazione*, *Studi di diritto pubblico comparato*, cit., 85 ss.

[43] Per una valutazione critica della complessità del quadro v. U. KARPEN, *L'esperienza della Germania*, cit., con indicazioni dei tentativi (falliti) e delle prospettive di riforma del sistema.

[44] J. MOREAU, *L'esperienza della Francia*, in La *responsabilità pubblica nell'esperienza giuridica europea* a cura di D. Sorace, cit.; J.P. DEVOLVÉ, *Le principe d'égalité devant les charges publiques*, Paris, 1969.

[45] A. TRAVI, *Recensione a Georges Teisser, La responsabilité de la puissance publique, Paris, Editions La Memoire du Droit, 2009 (Collection de la Faculté Jean-Monnet)*, cit., 1017.

[46] J.P. DEVOLVÉ, *Le principe d'égalité devant les charges publiques*, cit.

dotto in una regola di responsabilità che non ha trovato ostacoli né nell'assenza di colpa né nella legittimità dell'azione amministrativa[47] né nella natura del potere, giungendo ad investire anche il legislatore, sin dal noto caso *La Fleurette* del 1938[48].

In applicazione di tale principio la responsabilità senza colpa ha così assunto, nell'ordinamento francese, un ruolo caratterizzante l'intero sistema di responsabilità dei pubblici poteri; per i quali è convinzione peraltro diffusa che la colpa, oltre ad essere priva di una vera ragione fondativa, sia di difficile individuazione e di difficile dimostrazione e che, dunque, rappresenti un modello da erodere nella sua centralità[49].

E ciò è avvenuto sia per mano del legislatore, che ha previsto numerose ipotesi di responsabilità oggettiva[50], sia per mano della giurisprudenza che applica la *responsabilité pour rupture de l'égalité devant les charges publiques* in vaste e significative aree: ai danni causati da opere pubbliche, al rifiuto di eseguire decisioni giudiziarie per ragioni di interesse generale, ai danni da «*prigioni senza sbarre*»[51]; ai provvedimenti di polizia, e di emergenza[52]; e

---

[47] Per le prime applicazioni all'attività amministrativa si è noti citare il caso *Couitéas* in cui, nel 1923, il Consiglio di Stato aveva rifiutato di dare esecuzione ad una sentenza civile di rilascio di un immobile per ragioni di ordine pubblico (CE, 30 novembre, 1923, *Couitéas*, in Rec CE, 789 ss.). La giurisprudenza ha continuato ad applicare questo principio in particolare agli scioperi con occupazione dei posti di lavoro e al rifiuto di sfrattare con la forza gli inquilini. Sul punto M. WALINE, *La responsabilità amministrativa in diritto francese*, in E. CANNADA BARTOLI, *La responsabilità della pubblica amministrazione*, *Studi di diritto pubblico comparato*, cit., 71.

[48] R. BIFULCO, *La responsabilità dello Stato per atti legislativi*, cit., 179.

[49] M. WALINE, *La responsabilità amministrativa in diritto francese*, cit., 71.

[50] Sull'avvicinamento dei modelli v. CONSEIL D'ÉTAT, *Rapport pubblic, 2005, Responsabilité et socialisation du risque*, cit. ove si trova una precisa indicazione sui casi di assicurazioni obbligatorie e di fondi d'indennizzazione per i rischi sociali.

[51] È il caso dei danni causati da detenuti in libertà condizionale o sorvegliata. In proposito v. ancora, Sul punto M. WALINE, *La responsabilità amministrativa in diritto francese*, cit., 71.

[52] Per un'ampia rassegna della casistica v. si rinvia all'approfondita, anche se non recentissima, analisi compiuta da WALINE, *La responsabilità amministrativa in diritto francese*, cit., 71 e più recentemente, ID., *Droit administratif*, Paris, 2008, 474 ss. Ampia indicazione di casi anche in R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Paris, 1997, 1197 ss.

impone una regola di responsabilità oggettiva per rischio a tutto il vasto ambito delle attività pericolose[53].

Sul piano espositivo tali ipotesi tendono ad essere raggruppate attorno a due fondamenti: l'eguaglianza (o meglio: *la rupture de l'égalité devant les charges publiques*) e il rischio (*la théorie du risque*). Ma, come rilevato, si tratta di una partizione che ha un valore descrittivo e che non vale a superare il fondamento unitario della responsabilità senza colpa dello Stato costituito dal principio di uguaglianza[54].

3.3. *Spagna*

Imposta la responsabilità dell'amministrazione su basi oggettive ed egalitarie anche l'ordinamento spagnolo: anzi, come è stato recentemente rilevato, il sistema iberico di responsabilità pubblica incarna il modello delineato da Otto Mayer e «*ne costituisce odiernamente una (l'unica) espressione relativamente fedele di diritto positivo*»[55]; o, secondo altre suggestioni[56], tende verso il paradigma di Stato assicuratore teorizzato da Leon Duguit[57].

---

[53] Su cui v. oltre alle opere di cui alla nota precedente, soprattutto, CONSEIL D'ÉTAT, *Rapport pubblic, 2005, Responsabilité et socialisation du risque*, cit.

[54] Così, M. WALINE, *Droit administratif*, cit., 474 ss. Mantiene invece la distinzione R. CHAPUS, *Droit administratif général*, cit., 1197 ss. Non deve del resto trascurarsi l'importanza anche se effettivamente forse solo descrittiva del riferimento al principio del rischio, non solo per la sua connessione con le attività pericolose ma anche per il suo legame, da cogliersi anche sul piano della responsabilità, con il principio di precauzione e con i rischi sempre maggiori che la sua operatività consente siano posti, nei settori di incertezza scientifica, sulla società. Sul punto v. CONSEIL D'ÉTAT, *Rapport pubblic, 2005, Responsabilité et socialisation du risque*, cit. ed ivi in particolare i contributi di J.B. AUBY; F. EWALD; D. FAIRGRIEVE; O. GODARD. Per l'analisi del principio si v., inoltre, F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione nell'amministrazione del rischio*, Milano, 2005.

[55] Così M. CARRÀ, *L'esercizio illecito della funzione pubblica. Fondamento, presupposti e regime*, cit.

[56] A. LAZARI, *Modelli e paradigmi della responsabilità dello Stato*, cit., 176.

[57] L. DUGUIT, *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'État* (1908) tr. it. *Il diritto sociale, il diritto individuale e la trasformazione dello Stato*, Firenze, 1950.

La regolamentazione del modello risale al periodo franchista e all'esigenza di gettare forzosamente le basi dello Stato di diritto[58]: nel 1954 viene approvata la *Ley de Expropiación forzosa* quale generale garanzia patrimoniale del cittadino innanzi al potere pubblico: essa copre con una previsione di indennizzo *tutte le lesioni* arrecate a *beni o diritti* dei singoli, conseguenti al funzionamento dei servizi pubblici o di provvedimenti[59]. Identica garanzia sarà poi prevista dall'art. 106, comma 2, Cost. del 1978[60].

A formulazioni normative così ampie ha tuttavia corrisposto un lento permeare della regola di responsabilità pubblica nella giurisprudenza spagnola che, coerentemente con il clima politico dell'epoca, ne ha in un primo tempo circoscritto l'applicazione con espedienti di carattere formale e processuale[61], per poi giungere solo negli anni ottanta a dare un'attuazione effettiva al modello.

Si è parlato in proposito di una *svolta*, di una vera e propria «*rivoluzione copernicana*»[62] che, in consonanza con l'affermazione di uno Stato di diritto improntato ad un principio solidaristico[63], ha condotto ad un'ampia applicazione dell'istituto alla riparazione del danno subito dal singolo e all'imputazione dei costi delle attività dirette a fini sociali alla collettività. E che pone

---

[58] Lo rileva A. LAZARI, *Modelli e paradigmi della responsabilità dello Stato*, cit., 176.

[59] V. l'art. 40 della LEF cit. secondo cui «*i singoli avranno diritto ad essere indennizzati di tutte le lesioni che subiranno in qualcuno dei loro beni o diritti, salvi i casi di forza maggiore, sempre che la lesione sia conseguenza del funzionamento normale o anormale dei servizi pubblici o della adozione di provvedimenti non impugnabili in via contenziosa*» (si riporta il testo italiano che si legge in G. CORSO, *La responsabilità della pubblica amministrazione da attività lecita*, cit.). Per un chiaro inquadramento del sistema spagnolo si v. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Los principios de la nueva ley de expropiación forzosa*, Madrid, 2006.

[60] G. CORSO, *La responsabilità della pubblica amministrazione da attività lecita*, cit.

[61] Così A. LAZARI, *Modelli e paradigmi della responsabilità dello Stato*, cit., 176.

[62] A. LAZARI, *Modelli e paradigmi della responsabilità dello Stato*, cit., 206.

[63] A. LAZARI, *Modelli e paradigmi della responsabilità dello Stato*, cit., 212.

oggi l'opposto problema della deriva assistenzialistica della responsabilità[64].

3.4. *Regno Unito*

Anche in Inghilterra, il cui sistema più sembrerebbe distante innanzitutto sul piano culturale da un paradigma oggettivo di responsabilità pubblica, si avvertono segnali di cambiamento. La questione è oggi discussa soprattutto in virtù degli stimoli provenienti, da un lato, dalla comparazione con l'ordinamento francese e, dall'altro, dall'impatto del diritto della Cedu[65].

Peraltro, anche nel sistema inglese operano da tempo molteplici regimi di responsabilità da fatto lecito, sotto la nomenclatura *no-fault liability*: così il *Land Compensation Act* del 1973 prevede la compensazione per la perdita di valore della proprietà derivante da lavori pubblici[66], sussistono una molteplicità di previsioni compensative ritenute espressive di un principio di necessario ristoro per le sottrazioni o le interferenze con facoltà o diritti posseduti[67], inclusa ad es. la chiusura di strade al traffico[68]. Il *Vaccine Damage Payments Act* del 1979 ha previsto la riparazione dei danni derivanti da vaccinazioni obbligatorie. Al sistema di stretto diritto si congiunge poi un complesso e non completa-

---

[64] A. LAZARI, *Modelli e paradigmi della responsabilità dello Stato*, cit., 219.

[65] D. FAIRGRIEVE, *State Liability in Tort*, cit., 161.

[66] È questa un'azione residuale esperibile solo laddove non sia possibile il ricorso alla *action in nuisance.* Anzi la specifica *ratio* di tale previsione è rinvenuta proprio nell'evitare «*the inequity of immunity in nuisance*» (D. FAIRGRIEVE, *State Liability in Tort*, cit., 161).

[67] Ricorda come non esista un principio generale per le compensazioni degli svantaggi derivanti da decisioni urbanistiche generali o puntuali e che le compensazioni abbiano un titolo fondato su specifiche previsioni R. HAYWARD, *Compensation for Planning Restrictions*, in W.H. REES - K. HAYWARD (editors), *Valuation: Principles into Practice*, London, 2000, 320 ss.

[68] Sicché, mentre le revoche o le modifiche di permessi esistenti sono compensate, non lo sono i rifiuti dei medesimi provvedimenti; sul punto R. HAYWARD, *Compensation for Planning Restrictions*, cit., 322, in cui si trova un ampio esame della casistica di questo tipo di compensazioni.

mente censito[69] sistema di misure alternative, «*ex gratia payments*», riconosciuti ad es., per i danni cagionati da detenuti evasi o sottoposti a misure di libertà vigilata.

In applicazione della Convenzione europea dei diritti dell'Uomo si è poi addirittura giunti ad ipotizzare, come principio generale, che i diritti sacrificati nell'interesse collettivo debbano essere compensati[70] ed in ciò si intravedono tracce di un progressivo adattarsi della disciplina inglese dei *torts* al diritto proveniente dalla Cedu[71].

Il dibattito si è dunque avviato. *Liability or compensation?* è l'interrogativo con cui si apre il capitolo sulla responsabilità (e la compensazione) del manuale di C. Harlow e R. Rawlings[72], nel quale la questione della responsabilità dello Stato e della sua ampiezza viene affrontata calandola in un ampio contesto in cui accanto ad argomenti giuridici campeggiano i c.d. *policy concerns*, tra cui soprattutto il contenimento della spesa pubblica, a dare la dimensione di un problema sentito e di un sistema in evoluzione[73].

---

[69] D. FAIRGRIEVE, *State Liability in Tort (a Comparative Law Study)*, cit., rileva la difficoltà di reperire informazioni soprattutto negli esiti conciliatori di tali rimedi.

[70] Così, nel caso riportato da D. FAIRGRIEVE, *State Liability in Tort (a Comparative Law Study)*, cit., *Marcic v. Thames Water Utilities Ltd*, 2002, 2, WLR, 932, è stato affermato che «*Where an authority carries on an undertaking in the interest of the community as a whole it may have to pay compensation to individuals whose rights are infringed by that undertaking in order to achieve a fair balance between the interests of the individual and the community*». E nel commentare la decisione D. FAIRGRIEVE (*ibid.*) evocherà una eco del principio francese di uguaglianza avanti ai carichi pubblici riportando un ulteriore passaggio della decisione in cui si mette in evidenza che, poiché i danni causati dalle esondazioni del sistema fognario sono conseguenza dei benefici degli utenti del servizio, questi ultimi dovrebbero sopportare anche i costi per le compensazioni della minoranza danneggiata dall'operatività del sistema. L'A. ipotizza pertanto il ribaltarsi del «*benefit to the community*» *argument* (generalmente operante per lasciare il danno laddove è caduto) come uno dei tasselli della riformulazione dei *torts* e del loro adeguamento al diritto proveniente dalla Cedu.

[71] D. FAIRGRIEVE, *State Liability in Tort (a Comparative Law Study)*, cit.

[72] C. HARLOW, R. RAWLINGS, *Law and administration*, Cambridge, 2009, 749 ss.

[73] Per la rappresentazione di tale dibattito v. anche D. FAIRGRIEVE, *State Liability in Tort*, cit., 162 ss.

4. *Conclusioni*

L'esame delle coordinate di base dei sistemi europei di responsabilità ha fatto emergere ulteriori ragioni che inducono ad esplorare, nel nostro ordinamento, la questione dei danni connessi all'esercizio di funzioni pubbliche.

Eccezion fatta per l'Inghilterra, in tutti gli ordinamenti la responsabilità dello Stato è apparsa non limitarsi soltanto all'illecito ma estendersi a comprendere ipotesi di responsabilità senza colpa.

Comune a tutte le esperienze è l'approccio della dottrina al tema: campeggia infatti nel dibattito il problema delle funzioni della responsabilità dello Stato, che emerge in primo luogo come problema di rapporto tra sacrifici individuali e fini collettivi.

Si evidenzia così l'intrinseco legame tra modelli di responsabilità, Stato di diritto, principi di solidarietà e di uguaglianza.

E, nella distanza del nostro sistema da questi percorsi, trovano così conferma ulteriore le ragioni di una rivisitazione del tema.

PARTE SECONDA

LICEITÀ E RESPONSABILITÀ: I PERCORSI TEORICI

CAPITOLO PRIMO

LA RESPONSABILITÀ PER FATTO LECITO NELLE ELABORAZIONI DELLA DOTTRINA PUBBLICISTICA

1. *Premessa*

L'analisi che ci accingiamo a compiere nella presente parte riguarda le riflessioni della dottrina pubblicistica e privatistica sulla responsabilità da atto lecito. Essa è tesa a comprendere quale sia la fisionomia teorica dell'istituto e, in particolare, se la responsabilità da atto lecito emerga come un istituto avente una propria natura e uno specifico fondamento ovvero se essa non costituisca invece uno sviluppo della più generale questione della responsabilità civile.

È chiaro che l'indagine, che pur di per sé sembrerebbe avere un notevole interesse di carattere teorico, non esaurisce su questo piano la sua rilevanza.

Affermare infatti una responsabilità da atto lecito dell'amministrazione come articolazione della responsabilità civile (e

della tutela piena dei diritti) o ricondurla ad un diverso principio (di *cosiddetta* responsabilità) o a regole settoriali e non riducibili a sistema ha, infatti, non secondarie ricadute applicative quanto alla definizione del suo ambito applicativo e del suo regime giuridico.

In relazione a questi problemi sussiste una generale incertezza: in particolare non è chiaro se l'istituto abbia un'operatività generale o limitata a specifici casi; se la sua disciplina debba rinvenirsi esclusivamente nelle norme che ne individuano le singole ipotesi o se non esista un quadro di riferimento più generale; se, laddove enucleabile come principio generale, si rivolga al legislatore o se sia direttamente operante nei rapporti tra amministrazione e privati; se sussista una piena discrezionalità del legislatore nel prevedere casi e modi della riparazione; se, infine, vi sia un nesso tra responsabilità da atto lecito e tutela dei diritti o se, a fronte del potere pubblico di imporre legittimamente sacrifici ai privati, il diritto si esaurisca in una mera pretesa alla legalità dell'esercizio del potere e riemerga come pretesa riparatoria solo se e nei limiti in cui la legge lo disponga.

Tra i diversi interrogativi, quest'ultimo sembra assumere un ruolo preliminare rispetto ad ogni altra questione. E ciò se non altro poiché, ove fosse possibile inquadrare la questione avendo riferimento ai diritti, emergerebbe la possibilità di collocare il tema della responsabilità da atto lecito nella più ampia problematica relativa alla tutela dei diritti di fronte al potere pubblico il quale, com'è noto, si inquadra oggi in un sistema ordinamentale multilivello che definisce punti fermi e *standard* minimi di effettività dei diritti e, con essi, nuovi paradigmi della legalità dell'amministrazione.

In questa prospettiva, nel ripercorrere gli itinerari teorici, pubblicistici prima e privatistici poi, una particolare attenzione verrà dunque posta all'atteggiarsi della relazione tra potere e diritto, di cui il tema della responsabilità da atto lecito sembra rivelarsi non secondario momento di emersione.

2. *L'enucleazione di una teoria della responsabilità per atto lecito*

Nella dottrina italiana la riflessione teorica sulla responsabilità della pubblica amministrazione per atto lecito prese le mosse, sul finire dell'Ottocento, da un'esigenza pratica di effettività di tutela: e cioè dalla difficoltà di applicare, in concreto, la pur affermata[1] responsabilità dell'amministrazione muovendo dalla disciplina civilistica del fatto illecito, fondata sulla colpa.

Ad essa la giurisprudenza opponeva non tanto le note tesi erariali[2] sull'impossibilità di riferire le norme civilistiche allo Stato[3] quanto piuttosto le limitazioni all'operare dei princìpi civilistici derivati dalla distinzione tra atti d'impero e di gestione[4] e

[1] La sottoposizione della responsabilità dello Stato al diritto comune costituiva tesi all'epoca prevalente, sia nella civilistica (per la quale si v. G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni*, V, Firenze, 1912, 248 ss.; C.F. GABBA, *Della responsabilità dello Stato per danno dato ingiustamente ai privati da pubblici funzionari nell'esercizio delle loro attribuzioni*, in *Foro it.*, 1881, I, 932; G. CHIRONI, *La colpa nel diritto civile odierno, colpa extracontrattuale*, Torino, 1903, II ed., 481 ss.), sia nella giuspubblicistica preorlandiana (G. DE GIOANNIS GIAQUINTO, *Corso di diritto pubblico amministrativo*, Firenze, 1881, 718 ss.; L. MEUCCI, *Della responsabilità indiretta delle amministrazioni pubbliche*, in *Arch. giur.*, XXI, 1878, 341; A. BONASI, *La responsabilità dello Stato per gli atti dei suoi funzionari*, Roma, 1886).

[2] G. MANTELLINI, *Lo Stato ed il codice civile*, Firenze, 1880 (prima ed. 1879), 19 ss.; G. SAREDO, *Lo Stato e la responsabilità degli atti dei pubblici funzionari*, in *La legge*, XXII, 494; S. SCOLARI, *La responsabilità dei pubblici ufficiali*, in *Nuova antologia*, XXV, 475 ss.

[3] Per avere un saggio di tale approccio, si v. la Relazione sulle Avvocature erariali per l'anno 1882 (citata da E. CANNADA BARTOLI, *Introduzione alla responsabilità della pubblica amministrazione in Italia*, cit.), in cui si legge «*La giustizia civile non consulta che il codice per applicare il testo quale è, così e come dispone; la giustizia amministrativa non ha invece che il criterio dei suoi agenti per bilanciare la somma degli interessi, ai quali deve per proprio istituto provvedere, anche a scapito di interessi reputati minori. E nel modo che non si processa il Giudice, né il denaro pubblico paga i danni della sentenza giusta o ingiusta, non può essere processato il Governo, né il denaro pubblico paga i danni del cattivo, e men che mai del buon provvedimento*». Si tratta di parole pronunciate a proposito delle conseguenze giuridiche del taglio di Fossa Polesella ordinato dal prefetto di Rovigo per impedire un incontrollato straripare dell'Adige in piena.

[4] A. BONASI, *La responsabilità dello Stato per gli atti dei suoi funzionari*, cit.; G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni*, cit.; contro la distinzione si pronunciarono princi-

dall'impossibilità di sindacare la discrezionalità (anche solo tecnica) dell'amministrazione[5] e di accertarne la colpa[6].

È in questo quadro che la dottrina[7] veniva tracciando le linee di una responsabilità dell'amministrazione avente una base diversa dalla colpa[8] ed estesa anche agli atti leciti.

Un primo tentativo lo si deve a Vittorio Emanuele Orlando[9], il quale, muovendosi nell'ottica dei modelli civilistici e, dunque, nella «*sfera del diritto privato comune, cui è sottoposta in genere l'amministrazione dello Stato, per gli effetti patrimoniali della sua attività anche attinenti a fini pubblici*», descriveva la parabola generale della responsabilità civile osservando, già allora, come «*si tende, anche nel diritto privato, all'attenuazione e all'eliminazione dell'elemento della colpa come fondamento della responsabilità*»[10]. E, su queste basi, tentava la costruzione di una teoria della responsabilità dello Stato sganciata dall'elemento soggettivo: individuava così una responsabilità indiretta dello Stato (per fatto commesso dal funzionario) forgiata sulla responsabilità dei pa-

---

palmente L. MORTARA, *Commentario alle leggi di procedura civile*, Milano, s.d., vol. I, 147 ss.; F. CAMMEO, *Commentario alle leggi sulla giustizia amministrativa*, sd., 207 ss.; 810 ss.; ID., *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1914, 105 ss. Di tale distinzione fu strenuo sostenitore O. RANELLETTI, *Per la distinzione fra atti d'impero e di gestione*, in *Studi in onore di V. Scialoja*, Milano, 1905 che, nello scritto citato, tentò di riabilitarla in seguito alla condanna che di essa fece la giurisprudenza (la Cassazione – secondo quanto si legge in U. FORTI, *Diritto amministrativo*, Napoli, 1934, 66 – definì quella distinzione «*vieta e infeconda*»).

[5] Per le quali si rinvia all'ampia analisi di P. LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, cit.; ID., *Discrezionalità tecnica*, in *Dig. disc. pubbl.*, *Agg.*, Torino, 2010, 146; M.G. DELLA SCALA, *L'evoluzione del sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni «tecnico-discrezionali»*, in AA.VV., *L'invalidità amministrativa* a cura di V. Cerulli Irelli e L. De Lucia, Torino, 2009, 263.

[6] Per uno sguardo critico v. G. CHIRONI, *La colpa extracontrattuale*, cit.

[7] Su tale genesi si v. le osservazioni di R. CARANTA, *La responsabilità extracontrattuale della pubblica amministrazione*, Milano, 1993, 44 ss.

[8] Santi ROMANO, *Principii di diritto amministrativo*, Milano, 1906, 65.

[9] V.E. ORLANDO, *Saggio di una nuova teorica sul fondamento della responsabilità civile a proposito della responsabilità diretta dello Stato*, in *Arch. dir. pubbl.*, vol. III, 1893, 356.

[10] ID., *ibid.*

droni e committenti (letta evidentemente in una prospettiva del tutto oggettiva)[11]; andava poi ponendo le basi per una responsabilità diretta dello Stato (e cioè una responsabilità per fatto lecito) anch'essa sganciata dal concetto di colpa e fondata su un *criterio di equità*[12], sia pur proiettando la questione in una dimensione *de iure condendo* in ragione della mancanza di una norma (civilistica) di riferimento[13]: «*basterebbe semplicemente svolgere e sanzionare quel principio, che si è venuto sviluppando nel sentimento giuridico generale, per cui si tende, anche nel diritto privato, all'attenuazione e all'eliminazione dell'elemento della colpa come fondamento della responsabilità, tendenza che del resto ha portato anche, in casi speciali, deroghe legali al principio tradizionale, come, per esempio, in materia di responsabilità per infortuni sul lavoro o di responsabilità per fatto dei propri commessi (art. 1153 Cod. civ.), almeno secondo la teoria che abbiamo altre volte sostenuto*»[14].

Accanto a tale tentativo la prevalente dottrina dell'epoca sperimentava, sulla scia delle teorizzazioni di Otto Mayer[15], la costruzione di un sistema di responsabilità della pubblica amministrazione fondato su una matrice pubblicistica.

---

[11] In questa prospettiva V.E. ORLANDO (*Principi di diritto amministrativo*, Firenze, 1915) osserva, a proposito della colpa, come «*l'obbligazione sancita dall'art. 1153 a carico dei 'padroni e committenti' mostra di prescindere affatto da questo elemento, sicché si ritiene senza seria controversia che un committente non potrebbe essere ammesso a provare di avere usato le maggiori precauzioni nella scelta e di avere anzi preposto al servizio di chi offriva tutte le possibili garanzie di essere idoneo, onesto e capace…. Così a proposito della responsabilità indiretta noi possiamo dire che il criterio della colpa manchi e possiamo sostituirvi l'altro per il quale chiunque, persona fisica o morale, ai fini dell'esistenza propria crede di servirsi dell'opera di agenti, fa ciò a proprio rischio e pericolo e risponde, quindi, dei danni dai propri commessi cagionati, nulla importando che abbia usato maggiore o minore diligenza nella scelta*» (ID., *ibid*., 448-449).

[12] Secondo cui «*non può sembrare dubbio che un privato non debba sopportare esso solo l'effetto dannoso di una attività che lo Stato ha spiegato nell'interesse generale*» (ID., *ibid*., 443).

[13] ID., *ibid*., 444. Ivi si afferma drasticamente che «*per il diritto moderno italiano, dunque, noi dobbiamo risolvere negativamente la questione, nei termini da noi posti, di una responsabilità diretta dello Stato*».

[14] ID., *ibid*., 445.

Fu così sostenuto dal Vacchelli[16], dal Santi Romano[17], dal Cammeo[18], dal Borsi[19] che ad ogni sacrificio speciale imposto all'individuo corrispondesse la responsabilità dell'amministrazione.

Il Vacchelli in particolare per primo si richiamò all'idea di una responsabilità per atti legittimi, distinguendo però tale responsabilità da quella di diritto comune; e ciò sia «*nel contenuto materiale proprio (l'interesse dello Stato a riparare il danno), sia pei caratteri speciali del vincolo che obbliga l'ente, vincolo non esterno e sollecitato dall'azione del danneggiato, ma interno (il dovere di*

---

[15] Sono chiare ed esplicite (nei richiami degli Autori) le influenze sugli sviluppi della nostra dottrina dalle costruzioni di O. MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, cit., 357 (che si v. anche nella traduzione francese, *Le droit administratif allemand*, Parigi, I, 1903; II, 1904; III, 1906), il quale come si è visto (Parte I, Capitolo III) pone l'equità a fondamento della responsabilità dello Stato, concepita in modo unitario come comprendente il lecito e l'illecito, e centrata sul sacrificio speciale (*besondere Opfer*) come fonte di danni ingiusti, ineguali, pregiudizievoli dell'individuo e pertanto da ripararsi attraverso l'indennità di diritto pubblico (*öffentlichtliche Entsschädigung*), salvo eccezioni (come per i danni di guerra e, di regola, per gli atti legittimi di polizia). Il che, se da un lato poteva eludere la questione dell'illecito dello Stato, dall'altro conduceva comunque ad una grande apertura sul punto di tutela dei singoli contro i danni causati dallo Stato nell'esercizio delle sue funzioni. Circa l'influenza delle posizioni di Otto Mayer si consideri che contengono espliciti riferimenti alle sue teorie dell'equità quasi tutti i citati lavori del Vacchelli, Cammeo, Orlando, Santi Romano, Forti, così come, in senso critico, del Salemi, Rocco e Miele. Per più recenti rivisitazioni del contributo dell'A. si v. M. CARRÀ, *L'esercizio illecito della funzione pubblica. Fondamento, presupposti e regime*, Torino, 2005; U. KARPEN, *L'esperienza della Germania*, in, *La responsabilità pubblica nell'esperienza giuridica europea*, cit., 132.

[16] G. VACCHELLI *La responsabilità civile della pubblica amministrazione e il diritto comune*, cit. U. FORTI, *La responsabilità in «omittendo» della pubblica amministrazione (a proposito della manutenzione delle strade)*, in *Giur. it.*, 1903, 1037 ss. che, pur non occupandosi *ex professo* del tema, aderirà alle «*idee acutissime*» del Vacchelli cui riconosce «*il merito di non limitarsi ad uno sterile processo di materiale unificazione, ma di rappresentare un nuovo ed originale orientamento del controverso problema*» (ID., *ibid.*, 1039, in nota).

[17] Santi ROMANO, *Principii di diritto amministrativo*, cit.

[18] F. CAMMEO, *Commentario*, cit.; ID. *L'azione del cittadino contro la pubblica amministrazione*, in *Giur. it.*, 1905, IV, 24 ss., e in part. 99-100 e 107-109; ID., *Corso di diritto amministrativo*, cit., III, 1358-59.

[19] U. BORSI, *L'esecutorietà degli atti amministrativi*, 1901, 61.

secondare i principi di giustizia distributiva e ripartiva, formanti parte dei fini speciali alla pubblica amministrazione)»[20]. Netta è la presa di posizione in tal senso: «*i principi di giustizia distributiva e di giustizia riparativa … costituiscono la vera base razionale e sociale della responsabilità della pubblica amministrazione*» e su di essi deve fondarsi «*la formazione delle basi di un sistema istituzionale della responsabilità della pubblica amministrazione*» che, accostando *funzione riparativa* e *funzione sovventiva*, finisce tuttavia per avvicinare teoria della responsabilità e teoria delle prestazioni sociali dello Stato e per assumere tratti del tutto peculiari[21].

Diverso e più rigoroso è l'approccio sistematico del Santi Romano, in cui emerge con chiarezza la relazione tra diritto e potere e il conflitto tra diritti come fondamento della responsabilità da atto lecito. Presupposto dell'affermazione di tale responsabilità è infatti la sopravvivenza del diritto dei singoli di fronte al potere pubblico, quantomeno a determinati effetti: «*questi effetti si possono così compendiare: l'ente pubblico che, facendo uso di un suo potere, impone a un diritto individuale un particolare sacrificio, che non è compreso nei limiti normali di esso … deve risarcirlo con una proporzionata indennità*»[22]. È questa una conseguenza del *conflitto o collisione di diritti*[23]: concetto fondamentale che «*ha per*

---

[20] Così efficacemente sintetizza la posizione del Vacchelli G. SALEMI, *La così detta responsabilità per atti legittimi della pubblica amministrazione*, Milano, 1912, 90.

[21] G. VACCHELLI, *La responsabilità civile della pubblica amministrazione e il diritto comune*, cit., 200. La proposta ricostruttiva del Vacchelli non può essere a pieno compresa senza considerare tale peculiarità da cui soprattutto deriva la sua natura di direttiva politica rimessa, nelle sue attuazioni, alle scelte di più o meno marcato individualismo o socialità dello Stato. Sul punto si v. in particolare, 197 ss. ove l'A. espone le sue proposizioni conclusive.

[22] Santi ROMANO, *Il diritto pubblico italiano*, Milano, 1988 (ed. postuma, ma databile al 1914, con successive aggiunte e interpolazioni; sul punto v., in quel volume, la *Premessa* di Alberto ROMANO). Sostanzialmente conformi sono i *Principii di diritto amministrativo*, nelle tre edizioni del 1901, 1906 e 1912 e ID., *Responsabilità dello Stato e riparazione alle vittime degli errori giudiziari*, in *La legge*, 1903, ed ora in *Scritti minori*, II, Milano, 1990, 179 ss.

[23] L'Autore difende tale figura pur a fronte delle argomentazioni teoriche tese a negare, su base dogmatica, la configurabilità del diritto rispetto al potere sviluppando

iscopo di mettere in vista che si tratta di un limite non ordinario, comune, generale … ma di un limite straordinario ed eccezionale» e che consente di mettere in luce – e in questo l'osservazione ci sembra di assoluta attualità – l'effettività e la persistenza del diritto, pur sacrificato nell'interesse generale: «*straordinario ed eccezionale il caso in cui il diritto più forte si fa valere vincendo il più debole, straordinaria ed eccezionale la modificazione che questo subisce*» dando luogo ad un «*particolare sagrificio*»[24].

Da tale straordinaria vittoria del diritto più forte sul più debole sorge una vera e propria *responsabilità*. Ed è una responsabilità *diretta* dello Stato che prescinde dal concetto di colpa: «*l'amministrazione agisce nei limiti del suo diritto: l'obbligo di indennizzo non è effetto di un atto illegittimo, ma ora è condizione della liceità di tale atto, ora è conseguenza della situazione da esso creata*».

Tale responsabilità sussisterebbe poi non solo nelle ipotesi in cui è imposta dalla legge (e cioè nelle ipotesi di espropriazione, requisizioni, servitù militari ecc.): «*sembra che anche quando la legge tace, l'obbligo di esso debba estendersi in casi analoghi a quelli contemplati*». Così l'art. 29 dello Statuto Albertino, secondo cui «*Tutte le proprietà sono inviolabili. Tuttavia ove l'interesse pubblico, legalmente accertato lo esiga, si può esser tenuti a cederle in tutto o in parte, mediante una giusta indennità conformemente alle leggi*»[25], conduce ad estendere la responsabilità ad ogni

---

una linea di ragionamento di grande attualità. Si vedano le argomentazioni svolte rispetto alla posizione del Rocco (A. ROCCO, *La riparazione alle vittime degli errori giudiziari*, in *Riv. pen.*, LVI, 1902, 97), tesa a negare tale conflitto e, quindi, la risarcibilità in Santi ROMANO, *Responsabilità dello Stato e riparazione alle vittime degli errori giudiziari*, cit., 179 ss. e spec. 190.

[24] Santi ROMANO, *Responsabilità dello Stato e riparazione alle vittime degli errori giudiziari*, cit., 191; contrapporrà poi qui, secondo un ordine concettuale tutt'ora valido, il sacrificio particolare al «*limite*» che deriva «*da determinazioni del contenuto normale del diritto, dalla sua normale sfera di efficacia, che non restringono perciò, in senso stretto, il diritto stesso, ma lo definiscono soltanto*» (*ibidem*).

[25] Della previsione statutaria si sottolinea la maggiore ampiezza rispetto all'analoga previsione della dichiarazione dei diritti dell'uomo del 1789 (art. 17 «*La proprietà*

«*sacrificio particolare di un diritto soggettivo patrimoniale*»[26]. Ma anche per i sacrifici non patrimoniali, pur non senza talune ambiguità, affermerà tale responsabilità; così nella disputa con Arturo Rocco circa la risarcibilità dei danni derivanti dalla *detenzione preventiva di innocenti*, contro l'opinione corrente metterà in evidenza come anche il danno alla persona derivante dalla privazione della libertà, pur «*non suscettibile di essere trasformato in altro diritto ad esso equivalente pel suo valore economico*»[27], deve essere riparato[28], ben rappresentando la riparazione «*un* bene succedaneo» ed avere «*funzione di soddisfazione*»[29].

È infine da siffatta responsabilità per atto lecito che viene infine dedotta la responsabilità «*per il danno arrecato per mezzo*

essendo un diritto inviolabile e sacro, nessuno può esserne privato, salvo quando la necessità pubblica, legalmente constatata, lo esiga in maniera evidente, e previa una giusta indennità»).

[26] Per tali ambiguità v. Santi ROMANO, *Il diritto pubblico italiano*, cit., 293: «*Sembra invece che non si dia luogo a risarcimento quando il bene sacrificato non è un diritto di tal natura, e quindi non ha da per sé un valore economico, sebbene, indirettamente, al suo disconoscimento possano riannettersi dei danni economici: per es. nel caso di privazione della libertà per arresto di persona riconosciuta poi innocente. Manca inoltre l'obbligo del risarcimento quando il danno inferto rappresenta la conseguenza di una necessità che può, in certo modo, considerarsi un caso di forza maggiore per l'ente pubblico, e, di riverbero, un caso fortuito pel privato*».

[27] Così Santi ROMANO, *Responsabilità dello Stato e riparazione alle vittime degli errori giudiziari*, cit., 193, citando A. ROCCO, *La riparazione alle vittime degli errori giudiziari*, cit., 97.

[28] Per l'attualità e la lungimiranza della pagina di Santi Romano sulla detenzione preventiva di innocenti, si v. il lento percorso dell'affermazione della riparazione per l'ingiusta detenzione che si avrà solo con il c.p.p. del 1988. Sulla vicenda e sulla formalistica posizione della Corte costituzionale, che aveva pur trovato nel nostro quadro costituzionale ragioni giustificative della mancata riparazione, si rinvia alla Parte III, Capitolo II. Del resto, più in generale, le stesse modalità concettuali di rappresentare il problema della responsabilità da atto lecito, la sua netta riconduzione della figura al conflitto di diritti, l'individuazione di «*diritti violati*» nelle vicende di interesse generale, la considerazione della *eccezionalità* (ovviamente non quantitativa) delle ipotesi e, ancora, la stessa scelta lessicale denotano la straordinaria sensibilità dello studioso e l'attualità del suo impianto concettuale anche nei contemporanei contesti di rinnovata garanzia sovranazionale dei diritti, oggi detti inviolabili, della persona.

[29] Santi ROMANO, *Responsabilità dello Stato e riparazione alle vittime degli errori giudiziari*, cit., 193.

dei loro atti amministrativi illegittimi», e costruita come «*indipendente dalla colpa dell'amministrazione*» e «*impegnata pel semplice fatto della loro illegittimità, anche incolpevole*»[30].

Secondo un'impostazione analoga, anche il Cammeo, ferma la sopravvivenza del diritto al cospetto del potere e, dunque, ferma l'idea di un conflitto tra diritti, proponeva una teoria unitaria di responsabilità dell'amministrazione comprendente l'illecito e il lecito, caratterizzata dall'anteposizione concettuale della responsabilità per fatto lecito: «*dalla responsabilità per atti legittimi a priori si può desumere quella da atti illegittimi*»[31]: «*la responsabilità obbiettiva per fatto illecito sarebbe ricondotta come sottospecie in un'ampia categoria comprendente anche l'obbligo di indennità per fatto lecito*».

Suo fondamento unitario sarebbe la «*collisione di diritti*» cui è collegato un «*obbligo di indennità che, già noto al diritto privato, riceve una particolare estensione nel diritto pubblico per i numerosi sacrifici che la collettività è nel suo interesse costretta ad imporre agli individui (espropriazione, servizio pubblico, requisizioni, ecc). In entrambi i casi l'obbligo della indennità precede al fatto dell'avverarsi di un sacrificio pecuniario speciale ossia disuguale a quello degli altri cittadini, imposto ad un cittadino, ed incombe allo Stato in ordine al principio che il rischio segue il profitto, in modo pertanto essenzialmente indipendente non solo dalla colpa ma anche dalla illegittimità del fatto. Ma se spesso la specialità del sacrificio emerge* ex re *pur essendo il sacrificio legittimo, altre volte la spe-*

[30] *Ibid*., 294.

[31] ID., *L'azione del cittadino contro la pubblica amministrazione*, cit. «*Prima di trattare la questione se l'amministrazione sia responsabile per i fatti illeciti dei suoi funzionari, bisogna ricordare che essa può essere tenuta al risarcimento anche di danni prodotti legittimamente. È evidente infatti, che vi è connessione fra i due casi; poiché se esiste responsabilità per fatti leciti, a fortiori deve esistere per gli illeciti cioè quella per fatti leciti (cioè indipendentemente da ogni condotta irregolare contraria al diritto degli organi dell'amministrazione) assorbe quella per i fatti illeciti e rende inutile il ricercarne se un fatto è illegittimo o colposo, una volta che, se pur legittimo e incolpevole, l'obbligo del risarcimento sussiste ugualmente*»; F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, cit., 1358-59.

cialità del sacrificio procede dalla sua illegalità. Di qui la suddistinzione fra obbligo di indennità per atto lecito o illecito»[32].

Ragioni propriamente giuridiche si combinano variamente a ragioni etiche ed equitative, dando così vita ad un *principio generale* descritto nei seguenti termini: «*L'amministrazione spesso per raggiungere i suoi scopi deve sacrificare nell'interesse collettivo interessi individuali. Quando questi sono lievi si può lasciarne l'onere sull'individuo sacrificato. Quando sono gravi è opportuno indennizzarne il sacrificio col pubblico denaro: ossia ripartire l'onere su tutta la collettività donde il pubblico denaro proviene a mezzo dei tributi*»[33]. Principio altrove espresso come «*principio che il rischio segue il profitto*»[34]. Secondo queste coordinate la responsabilità per atto legittimo non si limiterebbe poi alle sole ipotesi espressamente contemplate ma di esse ritiene possibile l'estensione a casi non previsti laddove sussistano talune condizioni: un «*sacrificio speciale*» e non «*generale per tutti i cittadini*», un *atto discrezionale dell'amministrazione* e non una legge generale, un *diritto* e non un interesse (nel senso che «*l'indennità è dovuta quando l'interesse sarebbe un diritto in altre circostanze*»[35]).

Ricollega la questione dell'atto lecito dannoso alla *responsabilità* e, nel contempo, alla violazione di *diritti* anche il Borsi, il quale osserverà come «*un atto discrezionale può essere legittimo e tuttavia effettivamente ingiusto*» e per *ingiusto* egli intende «*l'atto che offende i diritti subbiettivi degli amministrati*»[36].

---

[32] Id., *L'azione del cittadino contro la pubblica amministrazione*, cit., 107.

[33] Id., *Corso di diritto amministrativo*, cit., 1359-1360.

[34] Id., *L'azione del cittadino contro la pubblica amministrazione*, cit., 108.

[35] F. Cammeo, *Corso di diritto amministrativo*, cit., 1364. Si noti che tali condizioni non sono desunte da costruzioni astratte ma dai casi in cui la giurisprudenza ha esteso la responsabilità da atto lecito ad ipotesi non previste dalla legge (distruzioni di edifici o di piantagioni per la realizzazione di opere pubbliche limitrofe; distruzione totale di proprietà immobiliare per motivi di pubblica sicurezza ed igiene; licenziamento di impiegati per soppressione di posto). A questa costruzione aderirà pienamente M. Bracci, *Le pensioni di guerra* I. *(Il fondamento giuridico) Contributo allo studio della responsabilità dello Stato*, Roma, 1925.

[36] U. Borsi, *L'esecutorietà degli atti amministrativi*, cit., 61.

3. *Colpa, responsabilità e atto lecito dannoso*

Che la responsabilità da atto lecito sia vera e propria responsabilità è stato messo in dubbio già sul finire dell'Ottocento dal Gabba[37] e poi ad inizio Novecento dal Rocco[38] e dal Presutti. Il quale rileva come: «*sì il Codice civile sì il diritto pubblico parlano d'*indennità*, di* obbligo di indennizzare, *non di* risarcimento dei danni *e di* responsabilità»[39].

La più compiuta formulazione di tale tesi si deve, com'è noto, al Salemi, che nella sua monografia del 1912 esamina *funditus* il tema della «*cosiddetta*» responsabilità, muovendo dall'individuazione dell'essenza della *vera* responsabilità, rinvenendola nel legame ontologico tra tale concetto e la colpa: di qui la risoluta critica alle tesi della dottrina (privatistica e pubblicistica), inclini a sganciare l'istituto della responsabilità dal concetto di colpa.

Rigettato così in via generale l'assunto secondo cui «*l'unico elemento che fa nascere la responsabilità è il danno giuridico, la colpa può o no esistere, ma non costituisce un requisito decisivo*»[40] l'Autore giunge alla conclusione che «*il soggetto il quale adempie al dovere impostogli da una norma giuridica, non offende mai il diritto altrui e non è causa di danni giuridici. Dove manca la colpa, non v'è un danno giuridico prodotto da un soggetto di diritto. V'è soltanto l'opera del caso, per cui nasce non il dovere di rispondere, ma quello di sopportare il danno nei modi voluti dalla legge*»[41].

---

[37] C.F. GABBA, *Della responsabilità dello Stato per danno dato ingiustamente ai privati da pubblici funzionari nell'esercizio delle loro attribuzioni*, cit., 932.

[38] A. ROCCO, *La responsabilità dello Stato nel diritto processuale penale*, in *Riv. pen.*, 1904, 5 ss. il quale, negata la responsabilità per atto lecito, riconduce le prestazioni indennitarie previste dalla legge (come l'esproprio) a rapporti quasi-contrattuali e al corrispettivo di una prestazione del cittadino: sicché il diritto all'indennità avrebbe natura privatistica e si ricondurrebbe al principio dell'arricchimento senza causa.

[39] E. PRESUTTI, *La responsabilità delle pubbliche amministrazioni in relazione alle giurisdizioni amministrative*, in *La legge*, 1901, II, 139 ss., 140.

[40] Per la dottrina italiana il riferimento è soprattutto a G. CHIRONI, *La colpa extracontrattuale*, cit., 65.

[41] G. SALEMI, *La così detta responsabilità per atti legittimi della pubblica amministrazione*, cit., 58-59.

Da queste premesse il Salemi trae la conclusione che l'atto amministrativo legittimo non può far nascere una responsabilità: «*Infatti il soggetto agente è privo di colpa, perché la sua dichiarazione o la sua esecuzione materiale di volontà è stata compiuta sulla guida delle disposizioni contenute nelle norme positive, egli ha adempito al suo dovere, ovvero ha esercitato un diritto dentro i limiti legali. Il danno giuridico manca pure, perché il rispetto al dovere è implicitamente rispetto all'interesse altrui riconosciuto dalla norma giuridica come diritto subiettivo. Similmente, l'esercizio di un diritto, secondo la portata stabilita dalla norma, richiama nell'altro soggetto un dovere, non mai un altro diritto. Non si appalesa, dunque, alcuna offesa a diritti subbiettivi, né la distruzione o la diminuzione di un bene giuridico …In conclusione, mancano i presupposti del dovere di rispondere. La pubblica amministrazione col suo atto* secundum legem *non si espone affatto agli obblighi derivanti solo dall'atto* contra legem. *Legittimità e responsabilità sono per noi dei termini che si escludono*»[42].

Le conclusioni cui giunge il Salemi segnano una netta soluzione di continuità rispetto ai percorsi sino ad allora seguiti in prevalenza dalla dottrina, che avevano condotto ad approdi concettuali di grande modernità e di ampia garanzia dei diritti.

Le tesi del Salemi delineano infatti un approccio al tema dimentico delle vicende dei diritti sottostanti: scompare il riferimento all'idea, rifiutata, del conflitto tra diritti; «*l'amministrazione che esercita un diritto proprio, trova a sé di fronte soltanto il dovere del singolo o di un altro ente pubblico e per conseguenza non può originare un rapporto di responsabilità*»; sicché, contrariamente a quanto aveva ritenuto Santi Romano, la massima *qui suo jure utitur neminem laedit* risultava «*pienamente applicabile al diritto pubblico*»[43].

---

[42] G. Salemi, *La così detta responsabilità per atti legittimi della pubblica amministrazione*, cit., 89.

[43] G. Salemi, *La così detta responsabilità per atti legittimi della pubblica amministrazione*, cit., 121.

Dopo il contributo del Salemi e sino ad arrivare ai più recenti studi, mai si è più rimesso in discussione nella dottrina pubblicistica prevalente tale postulato di base[44].

Tale assunto avrebbe poi aperto la strada per la riconduzione del problema, che si compirà con l'Alessi, alla tematica dell'interesse legittimo e del diritto affievolito, con tutte le note implicazioni in termini di inquadramento delle questioni di tutela, secondo la scolastica rappresentazione dell'affievolimento quale vicenda del provvedimento e dell'esercizio del potere e non secondo la diversa e più garantistica idea di una «*degradazione*» quale esito della conformazione generale (e non singolare o eccezionale) del diritto di fronte al potere, quale limite egualmente connaturato al diritto *di tutti*, secondo una rappresentazione concettuale che, non escludendo la persistenza e la dignità del diritto pur di fronte al potere (i cui effetti esso è comunque tenuto a subire), appare tutt'ora valida e coerente, sia con i postulati fondamentali del moderno Stato di diritto, sia con gli assetti dei rapporti tra diritto e potere oggi delineati a livello sovranazionale[45].

Pur in questo quadro concettuale non limpido né libertario il Salemi giunge tuttavia alla affermazione della necessità di riparare i danni da attività legittima. E, se si vuole, questo sembra l'esito più pernicioso della sua teorizzazione poiché giungerà a saldare l'affermazione della necessaria riparazione dei pregiudizi causati dall'amministrazione nella sua attività legittima ad un armamentario concettuale inadeguato che, come si vedrà[46], consentirà di svuotare nei fatti il contenuto della garanzia riparatoria.

---

[44] Si v. da ultimo il contributo di A. CRISMANI, *Le indennità nel diritto amministrativo*, cit.

[45] Siffatta costruzione ha ad es. consentito di spiegare la vicenda risarcitoria nella prospettiva comunitaria, anticipando le conclusioni cui sarebbe giunta la Cass., S.U., n. 500/99; riguardo alla vicenda risarcitoria si v. ALB. ROMANO, *Sulla pretesa risarcibilità degli interessi legittimi: se sono risarcibili, sono diritti soggettivi*, in *Dir. amm.*, 1998, 1 ss.; e, per un più generale inquadramento dei rapporti tra diritto, potere e interesse legittimo, ID., *I soggetti e le situazioni giuridiche soggettive*, cit.

[46] In proposito si v. i risultati cui giunge la nostra Corte costituzionale in materia di riparazione dei danni alla persona derivanti da trattamenti sanitari obbligatori e

Nei risultati anche il Salemi approderà dunque a conclusioni analoghe a quelle raggiunte dagli Autori di primo Novecento (a cui infatti è generalmente assimilato); e, cioè, ad enucleare un *principio generale e fondamentale*, la cui base giuridica risiederebbe nell'art. 29 dello Statuto Albertino, «*che non ha bisogno di singoli e continui richiami per la sua applicazione. Esso considera l'indennità come un mezzo indispensabile per tutte le forme di cessione delle proprietà, richieste dall'interesse pubblico*»[47]. Tale interpretazione sarebbe poi ribadita dall'art. 438 del c.c. del 1865 che autorizza l'espropriazione della proprietà privata solo «*per causa di utilità pubblica legalmente riconosciuta e dichiarata, e premesso il pagamento di una giusta indennità*».

Il Salemi concluderà così la sua analisi affermando che «*Per l'art. 29 devesi dunque pagare al cittadino una indennità, anche quando nessuna legge d'indole particolare la rammenti*»[48]. E preciserà che «*tale obbligo esiste solo di fronte ad un vero e proprio diritto subbiettivo patrimoniale*»[49]: il riferimento alla proprietà, conformemente all'interpretazione generale, viene dunque esteso in generale al patrimonio, o meglio, «all'insieme dei diritti soggettivi patrimoniali». Gli altri diritti ne sarebbero esclusi.

4. (*Segue*) *La negazione di un obbligo generale di indennizzo nelle posizioni di Cino Vitta e Giovanni Miele*

Risale al 1929 il contributo del Vitta[50], di decisa revisione critica della teoria della responsabilità per atti legittimi.

---

quelli cui, sino all'intervento della Corte di Strasburgo, si era attenuta in materia di indennizzi proprietari. Sul punto si rinvia alla Parte III di questo lavoro.

[47] G. Salemi, *La così detta responsabilità per atti legittimi della pubblica amministrazione*, cit., 176.

[48] G. Salemi, *La così detta responsabilità per atti legittimi della pubblica amministrazione*, cit., 176.

[49] G. Salemi, *La così detta responsabilità per atti legittimi della pubblica amministrazione*, cit., 179.

[50] C. Vitta, *Nuovi cenni sulla responsabilità dell'amministrazione pubblica per fatti illeciti*, in *Giur. it.*, 1929, IV, 1 ss.; Id., *Tendenze moderne sulla responsabilità dello Stato in diritto interno*, in *Arch. giur.*, 1934, 178 ss.

Ispirata da un'esigenza di effettività della tutela, tale critica, teoricamente basata sulla riaffermazione della centralità della colpa quale fondamento dell'obbligazione risarcitoria dello Stato, derivava soprattutto da una constatazione di carattere pratico: gli «*sforzi della dottrina per affermare la responsabilità dello Stato in ogni evento di danno non sono stati secondati dalla giurisprudenza. L'antico principio del diritto romano, espresso nella celebre legge Aquilia concernente i rapporti extracontrattuali, è che non si dà responsabilità senza colpa, e la giurisprudenza italiana non ha creduto di poter deflettere da tali antichi testi. Il paragone fra lo Stato e le imprese industriali non è stato ritenuto calzante, né il richiamo alle indennità di guerra è sembrato fondato, perché per dare l'indennità alle vittime della guerra sono appunto occorse leggi speciali; gli altri argomenti, tratti dalla legge organica del 1865, sono sembrati assai deboli, perché l'intento del legislatore in quella fu di dar norme sui giudizi e non di dettare precetti di diritto materiale*»[51].

La critica si accompagnava così all'esame della giurisprudenza della Cassazione che, con riguardo a taluni servizi pubblici (strade, ferrovie) ma non ad altri (servizio di difesa dello Stato; attività di polizia), aveva avviato un percorso di sindacato sulla sussistenza della colpa, pur a fronte di scelte discrezionali (tecniche)[52]: e questo approccio analitico della giurisprudenza, teso al superamento della barriera della discrezionalità, veniva identificata come la via elettiva per rafforzare la tutela dei diritti dei singoli.

Tale lettura appariva confermata anche dalle conclusioni del Congresso di diritto comparato tenutosi nel 1932 all'Aja, in cui si era affermata, con voto concordato, «*la necessità che il principio di responsabilità dello Stato sia generale in materia amministrativa per sviluppare il campo di applicazione di questa responsabilità;*

[51] Id., *Tendenze moderne sulla responsabilità dello Stato in diritto interno*, cit., 185.

[52] Id., *Nuovi cenni sulla responsabilità dell'amministrazione pubblica per fatti illeciti*, cit.

che per determinare il fondamento di questa responsabilità si mantenga come principio il concetto di colpa, ma si faciliti in via complementare od eccezionale in certi casi l'idea del rischio; che infine anche in quei sistemi i quali distinguono la responsabilità dell'ufficio da quella personale dell'agente occorra tendere a mettere a carico dello Stato la responsabilità dell'agente, salva azione contro di questo da parte dello Stato»[53].

La cosiddetta responsabilità per atto legittimo veniva così, coerentemente con il diritto vivente, confinata nell'area della non responsabilità e della tassatività delle ipotesi.

Ad analoghe conclusioni giunge qualche anno dopo Giovanni Miele[54], sulla base però di un ragionamento teoricamente più complesso. Dopo aver riaffermato la possibilità di un conflitto tra diritti e rigettato le conclusioni cui era arrivato sul punto il Salemi, il Miele nega che tale conflitto possa riferirsi alla responsabilità per atti legittimi.

Nella chiave di lettura proposta, il conflitto può rinvenirsi solo a proposito delle situazioni di necessità per lo Stato, in cui ad un agire lecito e fondato sulla necessità si affianca un risultato illecito, non previsto né voluto come tale dall'ordinamento.

---

[53] ID., *Tendenze moderne sulla responsabilità dello Stato in diritto interno*, cit., 192.

[54] G. MIELE, *Le situazioni di necessità dello Stato*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1936, 70 ss. ed ora in *Scritti Giuridici*, I, Milano, 1987, 169 ss. Si noti che la linea concettuale che ravvisa la possibile esistenza del potere rispetto al diritto è condivisa dall'A. che, com'è noto, la spiega ricorrendo all'idea della relatività delle posizioni giuridiche (ID., *Questioni vecchie e nuove in materia di distinzione del diritto dall'interesse nella giustizia amministrativa*, in *Foro amm.*, 1940, IV, 57 ss. ed ora in *Scritti giuridici*, I, Milano, 1987, 275); occorrerà attendere gli sviluppi di tale linea di pensiero che, com'è noto, si devono, pur secondo visioni diverse, alle riflessioni di ALB. ROMANO (*I caratteri originari della giurisdizione amministrativa e la loro evoluzione*, in *Dir. proc. amm*., 1994, 635 ss.; ID., *Sulla pretesa risarcibilità degli interessi legittimi: se sono risarcibili, sono diritti soggettivi*, cit., 1 ss.; ID. *La situazione legittimante al processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, 528 ss.) e di E. CANNADA BARTOLI, (*Il diritto soggettivo come presupposto dell'interesse legittimo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1953, 334), per giungere alla pienezza del riconoscimento del diritto di fronte al potere, nonostante la conformazione legislativa dei rapporti tra diritto e potere consenta a questo di incidere su quello e dunque nonostante la presenza dell'interesse legittimo quale posizione giuridica soggettiva correlata al potere.

Ma il conflitto non si realizzerebbe quando «*l'ordinamento giuridico … autorizzi il sacrificio di diritti individuali*». Ricorrono i motivi conosciuti: «*se l'atto è legittimo in tutta la sua estensione, cioè anche negli effetti che produce, è legittima anche la lesione da esso cagionata*»; «*non v'è lesione, non v'è danno giuridico*»[55], in quanto vi sarebbero la «*legittimità del fatto e del suo risultato*»[56]. E ancora: «*sacrificio legittimo significa sacrificio consentito dal diritto oggettivo. Che derivi immediatamente da un atto concreto o da una legge, non fa differenza, perché il primo non è che una particolarizzazione della legge … e come si nega una responsabilità del legislatore, così deve negarsi la responsabilità di ogni altro organo che agisce per comando del legislatore*».

In questo quadro, appare falso innanzitutto, agli occhi dell'A., il riferimento alla responsabilità da atto lecito; e, di fronte alla scelta del legislatore, appare vano il richiamo all'analogia, all'equità, all'uguaglianza, all'equa ripartizione dell'onere privato sulla collettività: «*se è la legge stessa a creare questa disuguaglianza, essa può esistere solo in via di fatto o da un punto di vista superiore all'ordinamento giuridico, quale la morale, la giustizia etc.*»[57].

Nonostante le conclusioni negative sul tema della responsabilità da atti legittimi, occorre sottolineare la correlazione che l'A. pone tra generale dovere indennitario e *conflitto tra diritti*: è per questa via che viene affermato il principio del compenso commisurato al sacrificio del diritto nelle situazioni di necessità dello Stato (che peraltro oggi sono pacificamente ricomprese tra le attività lecite dannose).

Ricorrono nelle situazioni di necessità dello Stato i fondamenti tipici della responsabilità da atto lecito: l'idea del conflitto tra diritti; la scissione tra fatto legittimo e risultato illegittimo (che non «*trova la sua causa remota in un'azione antigiuridica*»);

---

[55] G. MIELE, *Le situazioni di necessità dello Stato*, cit., 243.
[56] G. MIELE, *Le situazioni di necessità dello Stato*, cit., 243.
[57] G. MIELE, *Le situazioni di necessità dello Stato*, cit., 244.

la necessità di corrispondere l'equivalente pecuniario del diritto leso. Ciononostante, il danno derivante da situazioni di necessità si differenzierebbe dal danno derivante da un'azione legittima per la quale l'ordinamento espressamente autorizzi il sacrificio di diritti individuali (es. espropriazione), e la sua peculiarità risiederebbe nella mancanza di un espresso e univoco riconoscimento della legittimità del risultato: «*la legittimità del fatto, quando non sia accompagnato da un espresso e univoco riconoscimento del legislatore, non si estende al suo risultato*»[58]. La distinzione appare invero sottile. E, in ogni caso, il dato di particolare interesse è che, pur con tale distinguo, il Miele finisce per allargare l'area della compensazione dei danni prodotti dall'attività amministrativa legittima comprendendovi, sul piano teorico, proprio quelle ipotesi (come si è detto, i poteri emergenziali) che ancor oggi risultano, nel diritto vivente, non assistite da alcuna pretesa risarcitoria o indennitaria, salvo gli specifici casi espressamente previsti, nonostante le proposte in tal senso di una parte della dottrina[59].

5. *L'inserimento della responsabilità da atto legittimo nella teoria della degradazione. Il contributo di Renato Alessi*

Dopo il (fallito) tentativo di riaffermazione della necessità di socializzazione dei danni individuali nel periodo fascista[60], nel se-

---

[58] G. MIELE, *Le situazioni di necessità dello Stato*, cit., 242.

[59] Per tale idea v. l'importante saggio di R. CAVALLO PERIN, *Il diritto amministrativo dell'emergenza per fattori esterni all'amministrazione pubblica*, cit., 777 ss., (di cui si v., per un più generale inquadramento, *Potere di ordinanza e principio di legalità. Le ordinanze amministrative di necessità e urgenza*, Milano, 1990). Sul punto, *amplius*, cfr. *infra* Parte III, Capitolo II.

[60] F. DI GENNARO, *Responsabilità dello Stato per danni ai privati*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1938, I, 143 ss., il quale esalta «*la importanza che la organizzazione della previdenza e l'ordinamento delle assicurazioni sociali ha nell'ordine pubblico istituito nel regime fascista …*». Per la confutazione A.M. SANDULLI, *Spunti in tema di indennizzo per atti legittimi della pubblica amministrazione*, in *Foro it.*, 1947, 938 ss., e ora pubblicato negli *Scritti di diritto amministrativo*, II, 457 ss.

condo dopoguerra il contributo più significativo in favore della responsabilità dello Stato da atto lecito è senz'altro quello di Renato Alessi[61] che riprende, sviluppandolo, il percorso concettuale di inizio Novecento del Salemi.

Con esso si cristallizza innanzitutto la scissione concettuale tra responsabilità civile, regolata dal diritto privato, e c.d. responsabilità per atti legittimi, regolata dal diritto pubblico: «*il fondamento teorico e positivo di questa forma speciale di responsabilità è del tutto distinto dal fondamento teorico e positivo della normale responsabilità laonde solo impropriamente può essere denominata responsabilità*». «*Appunto in vista di questa diversità di fondamento teorico e positivo, nonché della diversità di misura, in conseguenza, tra* risarcimento *e* indennità*, non si può formare un'unica categoria di* responsabilità di diritto pubblico *comprendente entrambe le forme, unica categoria che rimarrebbe senza pratica utilità appunto perché subito dopo bisognerebbe scinderne la nozione in due distinte sottocategorie, corrispondente ciascuna ad ognuna delle diverse forme da noi esaminate*»[62].

Si radica poi il legame «*responsabilità, antigiuridicità e colpa*»[63]; e si conferma soprattutto il rifiuto dell'idea del *conflitto di diritti.* Nell'impostazione dell'Alessi ciò che difetta, nell'ipotesi di responsabilità per atti legittimi, non è tanto la *colpa* dell'amministrazione, ma il *diritto* del cittadino: «*sembra più opportuno, perciò, limitare la vera nozione di responsabilità a quella per violazione di diritti soggettivi, facendosi una categoria giuridica a parte, autonoma, della cosidetta responsabilità per atti legittimi*»[64].

---

[61] R. ALESSI, *La responsabilità della pubblica amministrazione*, cit.; ID., *L'illecito e la responsabilità civile degli enti pubblici*, Milano, 1964; ID., *Responsabilità da atti legittimi*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XV, Torino, 1968, 627 ss.; ID., *La revocabilità dell'atto amministrativo*, Milano, 1936; ID., *La revoca degli atti amministrativi*, Milano, 1956 (II ed.; I ed. 1942); ID., *Revoca*, in *Noviss. dig. it.*, XV, Torino, 1968, 802 ss.

[62] ID., *L'illecito e la responsabilità civile degli enti pubblici*, cit., 123-124.

[63] R. ALESSI, *L'illecito e la responsabilità civile degli enti pubblici*, cit., 123-124.

[64] G. SALEMI, *La così detta responsabilità per atti legittimi della pubblica amministrazione*, cit., 124, nota 2.

È questo il portato della teoria della degradazione: «*Di fronte ad atti legittimi, nell'ambito dell'attribuzione di* potestà *di azione su cui è basata la legittimità dell'atto, i diritti soggettivi spettanti ad un altro soggetto* affievoliscono *riducendosi ad* interessi *quali erano prima che intervenisse una tutela a loro favore*»[65]. «*Perciò un atto legittimo non potrà violare* diritti *soggettivi di altri soggetti, ma semplicemente* ledere interessi»[66].

E, accanto all'*affievolimento dei diritti,* agli *interessi* che ne risultano, intesi come un che minusvalente, si evoca la «*posizione di supremazia in cui si trova la pubblica amministrazione nei confronti con i singoli cittadini*»[67]. E dunque: «*il sacrificio dei diritti in cui si estrinseca la supremazia stessa operato mediante atti* legittimi … *non potrà mai, perciò, costituire* violazione *dei diritti stessi, in quanto che questi affievoliscono di fronte alla norma, e nell'ambito della norma su cui la supremazia in questione si fonda*»[68].

Da questo presupposto di affievolimento discendono tutte le conseguenze in ordine al ristoro dei danni derivanti da attività legittime, in ordine al loro inquadramento giuridico e in ordine al loro regime.

Si è visto che innanzitutto tale premessa conduce ad escludere, già su un piano astratto, il conflitto tra diritti[69] e, con essa, l'idea che l'atto legittimo possa generare vera e propria respon-

---

[65] R. ALESSI, *L'illecito e la responsabilità civile degli enti pubblici*, cit., 124.

[66] R. ALESSI, *L'illecito e la responsabilità civile degli enti pubblici*, cit., 125.

[67] R. ALESSI, *L'illecito e la responsabilità civile degli enti pubblici*, cit., 125.

[68] R. ALESSI, *L'illecito e la responsabilità civile degli enti pubblici*, cit., 125; a definire i confini dell'affievolimento v'è peraltro, secondo i noti percorsi, il riferimento all'azione *illegale:* «*l'affievolimento si verifica, oltreché, naturalmente, di fronte ad un esercizio legale del potere lesivo, anche di fronte ad un esercizio illegale o non conforme all'interesse pubblico del potere concesso*», per violazione di quelle condizioni che «*non attengono alla* esistenza del potere, *ma bensì al* modo della sua esplicazione» (69-70).

[69] «*Dove ha principio il diritto di un soggetto, ivi necessariamente ha termine il diritto di ogni altro soggetto, ed altrettanto deve dirsi nei rapporti tra diritti e potestà giuridiche antitetiche*» (R. ALESSI, *L'illecito e la responsabilità civile degli enti pubblici*, cit., 67).

sabilità: *sacrificio* si conferma dunque come concetto distinto da *violazione.*

L'affievolimento porta poi a collocare fuori dal giuridicamente rilevante e vincolante i principi alla base delle norme sugli indennizzi: in tali casi «*la norma esce dal piano dello stretto diritto per entrare in quello della tutela dell'equità mirando essa alla migliore armonizzazione degli interessi contrapposti*». Attengono dunque all'etica le ragioni per cui la norma dispone l'indennizzo dell'interesse leso, di un diritto cioè affievolito e come tale non assistito da alcuna pretesa giuridica di ristoro. Fondamento etico e teorico dell'indennità starebbe quindi «*nel principio di giustizia distributiva per cui l'onere necessario alla produzione di un utile pubblico deve ricadere su tutta la collettività e non su un singolo in particolare*».

Ciò a sua volta conduce a ricercare la risposta alla domanda se sia possibile estendere l'indennizzo oltre i casi espressamente previsti nel diritto positivo più che, secondo i percorsi di inizio Novecento, in princìpi generali, collocati dall'Alessi nell'extragiuridico.

Nell'ambito del diritto positivo la norma fondante è rinvenuta nella previsione di cui all'art. 42, comma 3 Cost. che si riferirebbe, secondo la chiave di lettura proposta, non esclusivamente ai diritti reali, ma comprenderebbe, in genere, i diritti patrimoniali dell'individuo. «*Può ritenersi che quando essa parla di 'proprietà', non voglia limitarsi ad alludere ai* diritti reali, *ma voglia riferirsi in genere ai* diritti patrimoniali dell'individuo». Dalla norma scaturirebbe così il *principio dell'intangibilità del patrimonio*, che «*rimane ancor oggi uno dei cardini del nostro ordinamento che è ancor oggi improntato all'individualismo sia pure temperato dal principio della socialità*»[70].

Tale intangibilità appare però *relativa*, poiché su di essa può prevalere l'interesse pubblico: esso tuttavia «*non può estrinsecarsi puramente e semplicemente nella soppressione del diritto pa-*

[70] R. Alessi, *L'illecito e la responsabilità civile degli enti pubblici*, cit., 135.

trimoniale, sibbene nella conversione *del diritto in quello ad una giusta indennità*»[71].

Si attualizzano così, secondo un diverso percorso, le conclusioni del Salemi che, come si è visto, si era richiamato ad una interpretazione estensiva dell'art. 29 dello Statuto Albertino per affermare un generale principio di ristoro dei danni cagionati a diritti soggettivi patrimoniali[72].

L'affievolimento offre poi un'ulteriore cornice alla distinzione tra indennità e risarcimento del danno, che si riflette sulla consistenza e sull'estensione dell'indennità stessa.

Si conferma qui con rinnovato fondamento l'idea che, a differenza del risarcimento, tendente *in primis* alla riparazione di tutti i danni immediati e diretti derivanti dall'illecito, l'indennità, per sua natura, non può che consistere nell'equivalente economico della lesione e ha, di regola, un contenuto più ristretto, dovendo esser limitata oggettivamente al valore effettivo ed attuale del bene sacrificato. Ne vanno perciò esclusi il valore meramente soggettivo attribuito dal titolare, il valore dipendente da condizioni non ancora verificatesi, il lucro sperato dal bene.

Dal fondamento equitativo e di giustizia distributiva per cui l'onere necessario al soddisfacimento dell'interesse collettivo non deve gravare esclusivamente su di un singolo, ma deve esser distribuito equamente su tutti i componenti la collettività deriva che «*il dovere di indennizzo non potrà estendersi a tutto il pregiudizio subito dal singolo, ma soltanto sino al punto corrispondente al profitto effettivo andato esclusivamente a vantaggio della collettività, e cioè al … valore oggettivo ed attuale del bene oggetto del diritto sacrificato*».

Dal fondamento positivo dell'istituto si trae infine che in mancanza di un'espressa previsione si debba applicare il criterio previsto per l'indennità di esproprio (e cioè il valore economico commerciale). «*Nel caso poi che si tratti di sacrificio di un diritto*

[71] R. ALESSI, *L'illecito e la responsabilità civile degli enti pubblici*, cit., 135.

[72] Lo rileva G. CORSO, *La responsabilità della pubblica amministrazione da attività lecita*, cit., 2009, 2, 203.

personale e del diritto di libertà in ispecie, la valutazione del danno è più difficile soprattutto per il grande divario che esiste tra individuo e individuo per quanto attiene all'utile che può ritrarre dal suo lavoro in una certa unità di tempo, ma non è tuttavia impossibile. Spesso poi la legge ricorre a criteri puramente equitativi ed empirici, stabilendo l'indennità in egual misura per tutti (ad. es. … la pensione alle vedove di guerra)»[73].

6. *Più recenti tendenze. Dall'agere licere dell'amministrazione alla persona e ai suoi diritti*

Le conclusioni dell'Alessi saranno riproposte, pur secondo diverse varianti, dalla successiva dottrina, che ne recepirà gli approdi e che solo di rado imposterà il problema della responsabilità sul conflitto tra diritti o, meglio, tra potere pubblico e diritti (anche ove atteggiati a interessi legittimi).

Così ad esempio, E. Casetta[74] ricondurrà l'istituto al piano dei doveri etici e ciò in quanto il danno e la lesione a beni pro-

---

[73] Tali conclusioni vengono estese anche ai diritti inerenti alla persona, che sino ad allora erano stati esclusi dall'area della indennizzabilità. Sebbene l'Alessi riconosca che l'art. 42 Cost. si riferisce unicamente ai diritti patrimoniali, si esprime in favore di una sua estensione analogica. A tal proposito osserva come «*anche a favore dei diritti personali sussistano le medesime esigenze etiche che si sono giuridicamente estrinsecate nell'art. 42 per i diritti patrimoniali, perché per questi storicamente più sentite. Di modo che di detta norma statutaria si può ben fare applicazione analogica anche ai diritti personali, estendendo anche ad essi il principio generale che rampolla dal detto articolo*» (R. ALESSI, *L'illecito e la responsabilità civile degli enti pubblici*, cit., 140). Nonostante l'evidente forzatura dell'art. 42, l'inclusione della tutela dei diritti personali supera l'irragionevolezza di lasciare prive di copertura le lesioni di posizioni senz'altro sovraordinate, nella gerarchia dei valori costituzionali, alla proprietà e ai diritti patrimoniali in generale. Supera al riguardo l'obiezione generalmente posta rispetto a tale estensione e, cioè, che il diritto personale e il diritto di libertà in generale siano privi di valore economico. Tale valore sussisterebbe infatti almeno in taluni casi, quali, secondo gli esempi addotti, la prestazione coatta di un medico in tempo di epidemia o di un ingegnere in tempo di piena fluviale. Almeno riguardo a tali sacrifici, che presentano un valore economico oggettivo, l'Alessi non nutre dubbi circa la loro indennizzabilità.

[74] E. CASETTA, *L'illecito degli enti pubblici*, cit., nell'ambito di una più generale e peculiare impostazione data al tema dell'illecito («*l'illecito è il non risarcire il danno*»).

tetti «*non si verifica laddove una situazione di diritto soggettivo viene strutturalmente condizionata nella sua stessa esistenza al permanere di un pubblico interesse non ad essa contrario*»[75].

La percezione dell'atto lecito dannoso come un problema di conflitto e tutela dei diritti non emerge neppure nell'ampio e complesso lavoro di Giovanni Duni il quale, pur riproponendo una responsabilità oggettiva dello Stato fondata sul rischio e pur reinserendo la responsabilità da atto lecito nel più ampio problema della responsabilità, adotterà una prevalente chiave di lettura giuseconomica della responsabilità, rappresentata quale tecnica di ripartizione dei costi delle attività dannose e non come problema di tutela dei diritti. In questo quadro concettuale, per la responsabilità da attività lecita l'A. giungerà a depotenziare la garanzia offerta dal pur affermato principio indennitario, rimettendone la concreta determinazione al legislatore[76].

Ad A.M. Sandulli, che pur proseguirà la linea dell'Alessi, si deve l'aver nuovamente portato l'attenzione, pur in modo non esplicito e non sempre lineare, sui diritti e sulla distinzione, di matrice romaniana, tra conformazione del diritto non indennizzabile e sacrificio speciale con valenza *lato sensu* espropriativa; per questa ipotesi, pur senza riproporre espressamente la questione del conflitto di diritti, evidenzierà la necessità di un indennizzo, anche fuori dai casi espressamente indicati dalla Costituzione o dalla legge[77]. E per tali sacrifici ipotizzerà l'operare di

[75] ID., *ibid*, 103.

[76] Così G. DUNI, *Lo Stato e la responsabilità patrimoniale*, Milano, 1968, il quale peraltro parte da alcune proposizioni che oggi appaiono visibilmente datate (quali ad es. che «*la responsabilità civile tutela un* diritto soggettivo al patrimonio» o che la responsabilità da atto lecito «*ha il superiore fine di porre a carico dell'agente tutti i costi obiettivi dell'azione*» o ancora che si debba far riferimento al principio tedesco della «*specialità del sacrifico*» per evitare la riparazione di danni a causa dei «*problemi finanziari immensi ed insolubili che sorgerebbero ammettendo la responsabilità dello Stato nel caso di danni non più di minima entità, singolarmente considerati, ma tuttavia largamente diffusi nella collettività*»; ID., *ibid*, 625 ss.).

[77] Com'è noto, la Corte costituzionale, di cui A.M. Sandulli ebbe a far parte, accoglierà queste tesi nella giurisprudenza sui vincoli espropriativi e conformativi. Sul punto v. Parte III, Capitolo I.

un generale principio indennitario, di rilievo costituzionale[78], secondo cui «*tutte le volte in cui venga imposto, da un pubblico potere, a un soggetto, a titolo individuale, un sacrificio di un diritto patrimoniale, che non inerisca all'essenza stessa di quest'ultimo secondo i caratteri impressi ad esso dall'ordinamento*» non si può negare un indennizzo[79].

Non priva di ambiguità è tuttavia la posizione dell'A. sul tema che, nonostante gli sforzi, sembra sfuggire ad un chiaro inquadramento teorico e giuridico. Rispetto al principio indennitario egli ribadirà infatti che «*più che un principio giuridico è un principio di politica e di etica legislativa*».

Un radicale cambiamento sul piano del metodo può cogliersi invece nelle tesi di quanti hanno ricondotto il problema della responsabilità da atto lecito al principio dell'affidamento. Così, tra i primi, Fabio Merusi e, pur se non del tutto esplicitamente, Feliciano Benvenuti[80].

Sarebbe l'affidamento a consentire l'applicazione estensiva dell'art. 42 Cost. alle «*ipotesi in cui una legge o un provvedimento amministrativo abbiano creato un affidamento e tale affidamento sia stato sacrificato, in nome di un interesse pubblico ritenuto pre-*

---

[78] Il fondamento risiederebbe negli artt. 42, comma 2 e 43 Cost., nonché negli artt. 2 e 53 Cost.

[79] A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, II, Napoli, 1989, 1164.

[80] F. BENVENUTI, *Per un diritto amministrativo paritario*, in *Studi in memoria di Guicciardi*, Padova, 1975, 3223 ss., per il quale la responsabilità da atto lecito rappresenta un tassello di un diritto amministrativo paritario. Di un diritto teso, cioè, a superare i postulati tradizionali secondo cui si era ritenuto «*che il potere dell'amministrazione potesse prevalere sulla posizione del cittadino, argomentando dalla necessità di armonizzare, come si disse, l'interesse privato con l'interesse pubblico, senza por mente al fatto che in un ordinamento democratico non è con l'indiscriminato sacrificio degli interessi privati che si attua nel modo migliore l'interesse pubblico. Anzi … le ostilità del cittadino nei confronti dell'amministrazione, la profonda sfiducia che caratterizza i rapporti tra privati e pubblici poteri, da un lato, come, dall'altro, la prevaricazione di questi ultimi e perciò la qualità scadente, perché non mediata, dell'attività amministrativa, dipendono proprio dal fatto che così come il cittadino si sente, nella sostanza, non protetto, allo stesso modo l'autorità si sente sciolta da ogni responsabilità*».

valente in occasione dell'emanazione di una successiva legge o di un successivo provvedimento». In tali casi infatti «*è indubbio che il soggetto nei cui confronti l'affidamento è stato generato finisce per subire un danno. Si pensi all'ipotesi classica del titolare di una concessione edilizia che abbia iniziato i lavori di costruzione e che si veda annullare d'ufficio la concessione; oppure all'ipotesi dell'operatore economico che apra uno stabilimento in una zona depressa allo scopo di ottenere le sovvenzioni previste da una legge di incentivazione in seguito abrogata. Ebbene in siffatte ipotesi c'è un danno evidente, ma per definizione non si può configurare una fattispecie di responsabilità, poiché si è in presenza di atti legittimi. Più che di responsabilità per atto legittimo si può parlare in queste ipotesi … di espropriazione, sia pure sui generis*». Per questa via si giunge all'affermazione, che sarà, com'è noto, recepita poi dal legislatore, della necessità di riparare il danno conseguente alla revoca, atto con cui l'amministrazione, nel ridefinire in secondo grado il coerente assetto degli interessi, tradirebbe l'affidamento incolpevole del cittadino sulla stabilità della sua situazione, fondata su un provvedimento amministrativo valido[81].

Il richiamo all'affidamento nella teoria della responsabilità da atto lecito appare particolarmente importante. Esso infatti reca con sé un implicito ribaltamento dell'impostazione dell'Alessi e conduce la questione dell'atto lecito dannoso fuori dalla teoria dell'affievolimento.

Del resto tutta la questione della responsabilità da atto lecito potrebbe essere letta attraverso il prisma dell'affidamento incolpevole. Il quale, con una certa forzatura, potrebbe ravvisarsi non solo rispetto all'azione amministrativa di secondo grado ma anche, e a maggior ragione, rispetto al primo intervento del potere pubblico, che giunge di norma inaspettato rispetto ad una

---

[81] F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni «trenta» alla «alternanza»*, cit. Più di recente v. M. IMMORDINO, *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, Torino, 2009; L. GIANI, *Funzione amministrative e obblighi di correttezza. Profili di tutela del privato*, Napoli, 2005.

strutturazione di vita che, salvo particolari circostanze, tendenzialmente (e non colpevolmente) non considera l'evenienza di un atto ablativo.

Tuttavia il richiamo all'affidamento quale chiave di lettura unitaria della responsabilità da atto lecito, pur se suggestivo, parrebbe inserire un ulteriore diaframma tra potere e diritto del cittadino. Il quale, se sembra necessario laddove la situazione di base non appaia di per sé pienamente meritevole di tutela (si pensi alla precarietà intrinseca alle situazioni soggettive nascenti da provvedimenti amministrativi rispetto agli immanenti poteri di autotutela), appare invece un filtro in certo qual modo equivoco in presenza di diritti[82].

I successivi sviluppi proseguono nel radicare un approccio che muova dai diritti per ricostruire il problema della responsabilità da atto lecito, sovvertendo la tradizionale impostazione fondata sulla primaria considerazione del potere e della sfera di *agere licere* dell'amministrazione.

Tra le più importanti applicazioni di questo nuovo approccio possono senz'altro essere ascritte le sentenze della Corte costituzionale che, all'inizio degli anni novanta, hanno dichiarato l'incostituzionalità delle norme sulle vaccinazioni obbligatorie per la mancata previsione della riparazione dei danni gravi alla salute ad esse connessi.

Tali sentenze hanno a loro volta aperto un nuovo filone di riflessioni sulla responsabilità da atto lecito, in cui il baricentro

---

[82] Si consideri al riguardo che la Corte europea dei diritti dell'uomo, nell'applicare l'art. 1 del primo protocollo addizionale relativo alla tutela della proprietà, applica il principio dell'affidamento laddove la situazione del cittadino non appaia di per sé meritevole di tutela: così ad es. laddove ha tutelato proprietà abusive (C.edu, *Oneryildiz c. Turquie*, 18 giugno 2002, confermata da Grande Chambre; *Oneryildiz c. Turquie*, 30 novembre 2004; C.edu, *Hamer c. Belgique*, 27 novembre 2007); o, nel noto caso Van Gogh (C.edu, *Grande Chambre*, *Beyeler c. Italie*, 5 gennaio 2000, n. 33202), laddove si è addirittura offerta tutela, contro la prelazione statale storico artistica, ad un acquisto avvenuto in violazione degli obblighi di previa denuncia. Sul punto v. *amplius* Parte III, Capitolo I.

del problema sembra spostarsi definitivamente dal potere ai diritti[83].

Tuttavia, nonostante il frequente richiamo ai diritti fondamentali, sembra persistere, nelle correnti impostazioni del problema (così come nella scarsa attenzione della dottrina) il peso di una teorizzazione fondata sul potere, sulla sua liceità e su un interesse pubblico assiomaticamente inteso, in cui l'interesse individuale (legittimo) fatica a mantenere la sua (concorrente e persistente) identità di diritto[84].

---

[83] Per questa lettura si v. R. BIFULCO, *La responsabilità dello Stato per atti legislativi*, cit., che coglie il problema dal punto di vista del danno generato dal legislatore in una attualissima prospettazione della responsabilità di quest'ultimo estesa sia al fatto lecito che al fatto illecito. Sulla base di questa giurisprudenza si fonda poi l'affermazione di un generale principio indennitario nel diritto amministrativo valevole anche per i diritti fondamentali, G. MANFREDI, (*Indennità e principio indennitario in diritto amministrativo*, Torino, 2003); valorizza la svolta della Corte costituzionali per la tutela dei diritti non patrimoniali G. CORSO, *La responsabilità della pubblica amministrazione da attività lecita*, cit.; su questo solco v. l'ampia indagine di A. CRISMANI, *Le indennità nel diritto amministrativo*, cit., che si riporta a plurime e ampie basi per l'affermazione di un generale principio indennitario; offre una chiave di lettura unitaria della responsabilità da atto lecito fondata sulla violazione di diritti fondamentali P. TROIANO, *La c.d. responsabilità della p.a. per atti leciti*, in *Quad. Cons. St.*, 2004, 189 ss. il quale, muovendo dalla giurisprudenza sulle vaccinazioni obbligatorie, ipotizza un principio generale indennitario valevole però per il legislatore e sanzionabile nell'ambito del giudizio di legittimità costituzionale; R. CARANTA, *Danni da vaccinazione e responsabilità dello Stato*, in *Resp. civ. e prev.*, 1998, 6, 1352, esprime una decisa posizione di radicamento del problema della responsabilità da atto lecito sui diritti e, di qui, assume una condivisibile posizione critica delle pronunce della Corte Costituzionale. Sul punto cfr. *amplius* Parte III, Capitolo II.

[84] Così ad es. G. MANFREDI, (*Indennità e principio indennitario in diritto amministrativo*, cit.), il quale tuttavia ritiene che l'indennizzo, anche se persegua l'identica funzione compensativa del risarcimento, tuttavia non sia da ricondursi ad una vera e propria responsabilità, per la mancanza della colpa e poiché le ipotesi di responsabilità oggettiva, nonostante i balzi in avanti della dottrina, resterebbero tipiche. Il principio indennitario esprimerebbe cioè, coerentemente con le affermazioni della Corte costituzionale, un principio di ordine *solidaristico,* con la conseguenza, rilevata nelle proposizioni conclusive del saggio, che non si può «*ritenere che sia configurabile un qualche limite al potere del legislatore di determinazione della misura dell'indennità ulteriore a quello già individuato dalla giurisprudenza costituzionale … per cui deve escludersi l'ammissibilità di un ristoro meramente irrisorio*» (G. MANFREDI, *Indennità e principio indennitario in diritto amministrativo*, cit., 132). Per un'analisi critica dell'accostamento tra solidarietà, tutela indennitaria e diritti fondamentali si rinvia alla Parte III, Capitolo II.

Ciò appare evidente ove si considerino i principali corollari della corrente impostazione. Confermata è innanzitutto l'idea che la responsabilità da atto lecito non sia una vera e propria responsabilità: l'esame del tema è per lo più condotto attraverso la nozione di indennità e di principio indennitario[85] e se vi è, il riferimento alla responsabilità è ancora alla *cosiddetta*[86]; a fondamento del dovere riparatorio sono posti i princìpi di uguaglianza, equità, capacità contributiva e in ultima istanza solidarietà; in particolare, più che agli altri, al richiamo al principio di solidarietà è attribuita una valenza precettiva, non solo ad indicare il fondamento del dovere di riparazione del danno ma anche per declinare, di tale dovere, il regime; *solidarietà* vale pertanto *discrezionalità* del legislatore nel definire il contenuto della garanzia e, in particolare, l'ampiezza e la misura della garanzia. Si costruisce così un impianto teorico che consente di bilanciare la garanzia con altri interessi, tra cui il contenimento della spesa pubblica, e si afferma che il solo limite di legittimità costituzionale del principio indennitario sia la sua non irrisorietà, secondo una linea di ragionamento di recente riconfermata dalla Corte costituzionale a proposito dei danni alla salute[87].

Il richiamo ai diritti fondamentali sembra così arrestarsi sul piano declamatorio: l'atto lecito dannoso non viene cioè rappresentato nella realtà come un problema di tutela dei diritti[88].

7. *Note conclusive e ipotesi di lavoro: l'atto lecito dannoso tra responsabilità e principio di compensazione*

Le correnti impostazioni della responsabilità da atto lecito che, di là dalle parole, muovono più che dalla considerazione de-

[85] Si prendano ad esempio i due ultimi contributi monografici al tema: G. MANFREDI, *Indennità e principio indennitario in diritto amministrativo*, cit. e A. CRISMANI, *Le indennità nel diritto amministrativo*, cit.

[86] Per tutti, P. TROIANO, *La c.d. responsabilità della p.a. per atti leciti*, cit.

[87] Si v., da ultimo C. cost. n. 107/2012. Sul punto v. *amplius* Parte III.

[88] Non così nel saggio di G. CORSO, *La responsabilità della pubblica amministrazione da attività lecita*, cit. in cui più marcato è l'accento sui diritti.

gli interessi sacrificati dalla considerazione del potere e della sfera di *agere licere* dell'amministrazione, sembrano oggi doversi rimettere in discussione non solo per i risultati cui esse giungono, che non sembrano rispondere ad un istintivo senso di giustizia, ma anche per l'intersecarsi del nostro ordinamento con gli ordinamenti sovranazionali, e in particolare la Cedu e l'Unione europea, che oggi appaiono più radicalmente tesi alla tutela dei diritti. Tali ordinamenti definiscono infatti, in una nuova area di sovranità *trasmigrata* a livello europeo[89], *standard* di tutela che si impongono agli Stati quali livelli minimi inderogabili nei rapporti tra individuo e potere pubblico (di qualsiasi natura esso sia: legislativo, amministrativo e giurisdizionale), e quali nuovi parametri di liceità e di legittimità dell'azione pubblica.

In questo rinnovato quadro la responsabilità da atto lecito sembra richiedere una nuova riflessione e un nuovo percorso di ricerca che consideri innanzitutto l'ipotesi, di concepire, primariamente sul piano teorico, il dovere dell'amministrazione di riparare i sacrifici imposti agli individui nella propria attività lecita come una vera e propria responsabilità, espressione di una tutela effettiva dei diritti e non mero riflesso di un non meglio specificato (e ambivalente) dovere solidaristico[90].

Che chiarisca poi quali siano il livello e le forme di tutela imposte a livello nazionale e sovranazionale ai diritti lesi nella loro relazione con il potere pubblico legittimamente esercitato[91].

Che verifichi inoltre la possibilità di leggere tale responsabilità come espressione di una collettività che, nel perseguire i propri fini, non lascia irreparati i danni che crea ma li condivide socializzandoli[92]; che, cioè, agisce attraverso un'amministrazione

---

[89] Su tale trasmigrazione nel campo dell'economia v. M. MANETTI, *Poteri neutrali e costituzione*, Milano, 1994, p. 32; e, più in generale G. GUARINO, *Pubblico e privato nell'economia. La sovranità tra Costituzione ed istituzioni comunitarie*, in *Quad. cost.*, 1992, p. 42.

[90] A questo profilo è dedicato il seguente Capitolo II.

[91] Questa indagine sarà svolta nella Parte III.

[92] ALB. ROMANO, *Giurisdizione amministrativa e limiti della giurisdizione ordinaria*, cit., 285.

corretta che, pur nell'esercizio di poteri unilaterali, non abusa, non tradisce l'affidamento e, dunque, dismette (o comunque attenua) per tale via l'antica veste autoritaria[93].

E che studi la possibilità di derivare, da tale rinnovato modo di essere dell'amministrazione, un *principio di compensazione* degli svantaggi che non incidano sugli *standard* minimi di tutela dei diritti, e che non generino un problema di vera e propria responsabilità da atto lecito. Sarebbe questo un principio operante negli ambiti in cui i diritti (o meglio gli interessi legittimi che però non perdono la loro dignità di diritti) sono rimessi, dalla legge, alla discrezionalità dell'amministrazione e dagli ordinamenti sovranazionali al *margine di apprezzamento* degli Stati; e potrebbe in ipotesi tale principio definire il contenuto minimo di tutela (e di legalità) sostanziale degli interessi della persona rispetto all'amministrazione[94].

---

[93] Così ALB. ROMANO, *Conclusioni. Autoritarietà, consenso e ordinamento generale*, in *L'atto autoritativo. Convergenze e divergenze tra ordinamenti.* cit.

[94] Tali percorsi saranno verificati nelle *Conclusioni* della Parte III.

CAPITOLO SECONDO

LA RESPONSABILITÀ DA ATTO LECITO NEI PERCORSI DELLA CIVILISTICA ITALIANA

1. *Premessa*

L'analisi che si svolgerà in questo capitolo riguarda le riflessioni della civilistica italiana sull'atto o fatto lecito dannoso.

Suo obiettivo è verificare se i problemi che tali atti dannosi generano sul piano teorico e su quello applicativo possano inquadrarsi in termini unitari nel diritto privato e nel diritto pubblico[1]; ovvero se, nonostante talune analogie e punti di comu-

[1] Ritiene unitario il problema ad es. G. TUCCI, *La risarcibilità del danno da atto lecito nel diritto civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1967, 229 ss., il quale osserva come «*Nel diritto*

nanza, le questioni poste nei due ambiti siano del tutto diverse e si riferiscano ad istituti distinti e aventi autonomi fondamenti; afferenti, l'uno, all'ordinamento generale e governato dalla disciplina di diritto comune e, l'altro, al diritto amministrativo (e al relativo ordinamento) e sottoposto a principi e regole pubblicistici[2].

La questione è chiaramente legata alla possibilità di concettualizzare l'atto lecito dannoso attraverso la sua inclusione nella responsabilità civile e cioè attraverso il riferimento ad un istituto di cui non è (ormai più) dubbia l'applicazione alla pubblica amministrazione, e ciò sia nell'esercizio della sua capacità e dei suoi poteri di diritto privato sia nella sua azione più strettamente pubblicistica. Se infatti si individuasse, nell'ordinamento generale, un principio di responsabilità per atto lecito o una regola di responsabilità inclusiva anche dei danni cagionati lecitamente, a tale principio o a tale regola, posti a tutela dei diritti (*lato sensu* intesi), non potrebbe chiaramente sottrarsi la pubblica amministrazione.

In quest'ottica, nel presente capitolo si cercherà di verificare in primo luogo se possa concepirsi una vera e propria *responsabilità* derivante da un atto *lecito* o se il principio dell'*agere licere* espresso dall'antica massima *qui iure suo utitur neminem laedit* non si opponga a tale inquadramento, precludendo una considerazione unitaria delle diverse previsioni in cui, nei rapporti privatistici, la legge fa corrispondere all'atto lecito dannoso un'obbligazione indennitaria.

Si tenterà poi di comprendere quale sia il valore del riconoscimento di una tale responsabilità, se cioè ad essa debba rico-

---

privato il problema della responsabilità per atti leciti si pone in termini analoghi, tenendo conto naturalmente del fatto che non si tratta di regolare un conflitto di interessi tra P.A. e privati, ma tra due soggetti aventi nei riguardi dell'ordinamento la stessa posizione» (*Ibid.*, 232).

[2] La conduzione su un terreno propriamente pubblicistico della responsabilità per atto lecito è diffusa invece nella dottrina pubblicistica, per la quale si rinvia al Cap. III.

noscersi un valore meramente descrittivo delle diverse previsioni normative o se ad essa non debba ricondursi anche una valenza interpretativa e applicativa.

La questione è chiaramente connessa con la natura di tale responsabilità nel suo rapporto con l'istituto generale della responsabilità civile.

Diverse sono infatti le implicazioni derivanti dal riconoscimento alla responsabilità per fatto lecito di un valore eccezionale e derogatorio rispetto alla *ratio* della responsabilità civile o dalla sua inclusione in tale *ratio.*

Da tale opzione dipende innanzitutto l'individuazione, nei casi tipici, del criterio-guida per la riparazione del danno (se meramente equitativo o di integrale compensazione della lesione arrecata), operante non solo in assenza di parametri normativi ma anche, in funzione interpretativa ed integrativa, laddove tali parametri siano previsti.

La natura eccezionale o meno della responsabilità per atto lecito condiziona inoltre il problema del superamento del principio di tipicità delle ipotesi, in cui l'atto lecito dannoso genera un'obbligazione riparatoria, e della stessa contrapposizione tra obbligazioni indennitarie e risarcitorie.

Nell'esplorare tali questioni un primo dato che si riscontra è la scarsa attenzione data dalla dottrina al tema, senz'altro sino agli anni sessanta. Lo studio del Tucci, del 1967, si apre con una constatazione: «*La responsabilità da atto lecito non trova nella dottrina privatistica un'ampia trattazione*»[3].

Tale scarsa attenzione, soprattutto se comparata con la maggior attenzione dedicata alla questione dalla coeva giuspubblicistica, sembra risiedere nel carattere anomalo ed eccezionale – e tutto sommato secondario – delle previsioni, quali: l'accesso nell'altrui fondo per catturare il bestiame, o per recuperare la cosa caduta (art. 843 c.c.). o per l'esercizio della caccia (l'art. 842 c.c.), per raccogliere i propri frutti caduti sul fondo altrui (art.

---

[3] G. TUCCI, *La risarcibilità del danno da atto lecito nel diritto civile*, cit., 229.

843 c.c.), per l'inseguimento del proprio sciame di api (art. 924 c.c.), o dei proprio animali mansuefatti (art. 925); l'inosservanza della promessa di matrimonio (artt. 79-81 c.c.); la revoca della proposta contrattuale (art. 1328 c.c.); il ritiro dal commercio dell'opera di ingegno da parte dell'autore (art. 2582 c.c.); il recesso dal rapporto d'appalto (art. 1671 c.c.), di mandato (art. 1725 c.c.) e di prestazione d'opera (art. 2227 c.c.).

Tranne eccezioni, la civilistica italiana ha affrontato il tema nell'ambito di più ampi studi sulla responsabilità e ha, quantomeno in un primo tempo, prevalentemente assunto un approccio negatorio della categoria generale, se non in funzione descrittiva di quelle specifiche ipotesi in cui la legge, in via del tutto eccezionale e per ragioni equitative, prevede la riparazione di un danno, nonostante il fatto produttivo dell'evento lesivo consista non in un fatto antigiuridico ma nell'esercizio di un diritto.

Né più a ampi risultati si è giunti analizzando il tema dalla prospettiva delle *indennità.* Come recentemente rilevato infatti ««*la maggior parte degli interpreti ha reputato impossibile costruire alcunché a partire dalla nozione di indennità o di indennizzo*»[4].

Più di recente sembra maturare una diversa consapevolezza dell'impatto sia teorico che pratico del problema: le più importanti ipotesi di responsabilità oggettiva o quasi oggettiva (quali la responsabilità derivante dall'esercizio di attività pericolose o dall'immissione in commercio di prodotti difettosi) sono ora lette in termini di responsabilità da attività lecite[5] e, tra gli esempi di

---

[4] Così M. FRANZONI, *L'illecito*, in *Trattato della responsabilità civile*, diretto da M. Franzoni, Milano, 2010, 1253, ove ascrive la difficoltà all'uso promiscuo delle nozioni di indennità e di indennizzo da parte del legislatore ricordando che «*il legislatore le ha impiegate in almeno tre diversi significati tra loro inconciliabili: (a) come corrispettivo per il sacrificio di un diritto, nell'esproprio, nella costituzione di una servitù coattiva, nell'accessione invertita; (b) come criterio per determinare la prestazione assicurativa; (c) come sinonimo di risarcimento*». In questi termini l'A. ritiene «*non … legittimo delineare autonomamente la figura dell'atto lecito dannoso muovendo da quella di indennizzo*» (ID., *ibid*.).

[5] Così C. CASTRONOVO, *Responsabilità oggettiva - diritto comparato e straniero*, entrambe in *Enc. giur.*, Roma, 1988.

conflitto di diritti meritevole di un epilogo risarcitorio, si include il conflitto tra riservatezza e diritto di cronaca (esercitato nel rispetto del noto «decalogo»)[6]; infine, tra gli esempi più significativi di danni derivanti da atti dovuti *(e affiorano qui ipotesi involgenti la pubblica amministrazione)* si ascrivono le ingiuste lesioni conseguenti a dovuta attività di vigilanza da parte di autorità di controllo[7]; o i danni alla persona derivanti da trattamenti sanitari obbligatori e da ingiusta detenzione[8].

E al fondo, sul piano teorico, si coglie la centralità sistematica della questione, quale banco di prova del concetto di responsabilità civile, dei suoi confini e delle sue funzioni.

2. *La riconduzione dell'atto lecito dannoso alla responsabilità civile. Le prime elaborazioni*

L'impostazione del tema nelle prime elaborazioni della civilistica italiana risente della generale concezione della responsabilità da atto illecito legata ai principi di matrice romanistica «*nessuna responsabilità senza colpa*» e «*qui iure suo utitur neminem laedit*».

In tale cornice la dottrina collocava la «*responsabilità da atto lecito*», categoria di cui si negava l'ammissibilità, in un binario concettuale distinto dall'illecito e dalla responsabilità e in una zona governata da principi non strettamente giuridici.

Se il Condorelli riteneva una *necessità di concetto* che l'atto lecito non possa produrre lesioni di diritto[9] il Giorgi nel mostrare come «*l'uso del diritto non costituisca fatto illecito*» ricono-

---

[6] V. SCALISI, *Ingiustizia del danno e analitica della responsabilità civile*, cit., 54-55.

[7] Così si ritiene che «*in una operazione di sollecitazione all'investimento di risparmio, il danno al risparmiatore derivante da false informazioni non è detto trovi una ragione di inqualificazione aquiliana nella corretta attivazione dei doveri di controllo da parte della preposta Autorità di vigilanza*» (V. SCALISI, *Ingiustizia del danno e analitica della responsabilità civile*, cit., 55).

[8] P. PERLINGIERI, *La responsabilità civile tra indennizzo e risarcimento*, cit.

[9] O. CONDORELLI, *La responsabilità senza colpa*, Catania, 1924, 47.

sceva natura compensativa e non risarcitoria all'indennità di esproprio[10] e il Consolo[11], in analogia con alcune posizioni della coeva giuspubblicistica, riconduceva l'istituto ai principi generali dell'ordinamento che «*non possono andar disgiunti dall'equità, perché* jus est ars boni et aequi» e in tal modo risolveva la questione nelle ipotesi non disciplinate dalla legge: «*in nome dei principi e dell'equità abbiamo ammesso che, per quanto non imputabile all'autore del danno, se sia in grado di poterlo in tutto o in parte risarcire, debba risarcirlo*»[12].

Nel torno di quegli anni non si sviluppò, come nel diritto pubblico, una specifica riflessione sull'atto lecito dannoso; a differenza che nel diritto pubblico, in cui l'affermazione di una responsabilità per l'attività legittima toccava il fondamento stesso della responsabilità dello Stato e definiva l'equilibrio rapporto Stato-individuo, la tipicità e il circoscritto numero delle ipotesi civilistiche, da un lato, e lo stretto legame tra responsabilità e colpa, dall'altro, indussero, in un primo momento, a relegare la questione nel campo delle eccezioni rispetto ai principi generali e a negarle ogni incidenza di sistema.

3. *La responsabilità da atto lecito come nozione autonoma riconducibile alla responsabilità civile. Sua eccezionalità*

È solo con l'incrinarsi dell'asse, di matrice jheringhiana, responsabilità-colpa-antigiuridicità che affiora il tentativo di inquadrare l'atto lecito dannoso in un'autonoma categoria di responsabilità[13].

---

[10] G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni*, cit., 238.

[11] M.C. CONSOLO, *Trattato sul risarcimento del danno*, Torino, 1914 (II ed.), 15.

[12] M.C. CONSOLO, *Trattato sul risarcimento del danno*, cit., 15.

[13] Non a caso i primi riconoscimenti di ipotesi di responsabilità derivanti dall'esercizio di un diritto si collocano, come rilevato da Tucci (*La risarcibilità del danno da atto lecito nel diritto civile*, *cit.*, 229), nell'ambito delle prime riflessioni sulla responsabilità oggettiva, v. N. COVIELLO, *La responsabilità senza colpa*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1897, 200 ss.; C.F. GABBA, *Contributo alla teoria del danno e risarcimento in materia di danno*

Il primo compiuto contributo per la costruzione di una categoria autonoma ricomprendente le «*fattispecie produttive di un risarcimento senza che esista un obbligo il quale venga violato*»[14] la si deve allo Scaduto e al Rubino[15]. Nella nota voce del 1938, *Illecito (atto),* pubblicata nel Nuovo Digesto Italiano[16], gli Autori definiscono la figura in positivo, individuandone gli specifici caratteri. Rubino vi ha poi aggiunto «*qualche nuova osservazione*», nel suo successivo studio su *La fattispecie e gli effetti preliminari*[17].

La costruzione di tale figura muove da una decisa critica alla tendenza a ricondurre ad un dovere violato e, dunque, all'illecito, le ipotesi (tipiche) di riparazione di danni in assenza di un'antigiuridicità oggettiva: «*che, là dove è ammesso un risarcimento, ivi debbano necessariamente preesistere un obbligo e un diritto subbiettivo (o un interesse legittimo)*» è reputato frutto di un «*irrigidirsi nell'argomentare*», di un «*avvolgersi in una petizione di principio*», ed è posta alla base della falsa idea di «*escludere* a priori, *per falsi preconcetti, la categoria dell'atto lecito dannoso, che invece è rigorosamente indotta dai dati di diritto positivo*»[18].

Viene così affermata, sulla base del diritto positivo e derivandola dall'analisi delle singole specifiche previsioni, l'esistenza giuridica della categoria degli *atti leciti dannosi*. La *ratio* delle singole norme ne rivelerebbe caratteri comuni ed un fondamento giuridico unitario: «*l'intento legislativo di comporre un conflitto d'interessi, particolarmente equilibrati, in modo da non subordi-*

---

incolpevole, in *Giur. it.*, 1899, I, 2, 738 ss.; e, sganciati dai percorsi di responsabilità senza colpa, ID., *Della responsabilità dello Stato per danno dato ingiustamente ai privati da pubblici funzionari*, cit.; C. FERRINI, *Illecito*, in *Nuovo dig. it.*, VI, Torino, 1938.

[14] D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939, 204.

[15] Per la ricostruzione del contributo di Domenico Rubino al tema si v. lo studio di T.V. RUSSO, *La responsabilità da atto lecito dannoso*, in *Domenico Rubino*, a cura di P. Perlingieri, S. Polidori, I, Napoli, 2009, 647.

[16] G. SCADUTO, D. RUBINO, *Illecito (atto). Diritto moderno*, in *Nuovo dig. it.*, VI, Torino, 1938, 707.

[17] D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, cit., 204.

[18] Così D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, cit., 205.

nare del tutto l'uno o l'altro interesse, e da riparare i danni prodottisi per l'un subietto, senza far preventivamente gravare sull'altro un obbligo»[19].

Ciò si traduce nello specifico effetto giuridico ricondotto all'atto lecito dannoso, qualificabile, secondo la chiave di lettura proposta, quale *danno giuridico* e quale *obbligazione risarcitoria.* E ciò in termini non meramente nominalistici e ad onta della diversa terminologia utilizzata dal legislatore con il riferimento all'indennità o all'indennizzo. L'atto lecito dannoso viene così affiancato concettualmente alle altre fonti dell'obbligazione risarcitoria e cioè all'illecito e alla responsabilità obiettiva[20].

Si tratterebbe comunque di previsioni eccezionali. E ciò non tanto per il fatto di concepire la responsabilità pur in assenza di un'antigiuridicità obiettiva, ma al contrario, poiché tali previsioni regolerebbero «*atti che, senza la particolare norma che li prevede, sarebbero illeciti anche di fronte all'ordinamento positivo, perché di esso violano una norma generale*». Così le previsioni di atti leciti dannosi «*non annettono semplicemente l'obbligo del risarcimento ad un atto lecito, ma rendono lecito un atto illecito, collegandovi tuttavia il risarcimento dei danni*». Alla base della responsabilità da atto lecito vi sarebbe dunque un atto ontologicamente antigiuridico, in quanto lesivo dell'altrui sfera giuridica, talora anche colposo, di cui la norma elimina l'antigiuridicità.

Ne consegue il carattere eccezionale dell'atto lecito dannoso «*ammissibile solo in ordine alle eccezionali norme che lo preve-*

[19] D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, cit., 204 ss.

[20] Si v. esplicitamente D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, cit., 213 ove si osserva che «*Il vero è che in questo campo … il cammino da fare è ancora molto, e non solo da un profilo meramente sistematico. Volendo tentare un abbozzo riassuntivo, può prendersi come punto di riferimento la fattispecie normale e più complessa, costituita da un obbligo preesistente, da una colpa e da un danno economico (o morale, in quanto anche tale danno sia risarcibile o riparabile).* a) *Questa fattispecie produce sempre un risarcimento del danno …* b) *Un risarcimento può aversi anche come effetto di una fattispecie più semplice della precedente, cioè anche in mancanza di una colpa (responsabilità obbiettiva),* c) *oppure in mancanza di un obbligo preesistente (atto lecito dannoso)*».

dono» quale «*soluzione adottata dall'ordinamento giuridico per contemperare due interessi in contrasto, nessuno dei quali appare interamente sacrificabile all'altro*»[21].

È chiaro dunque che si tratta di una eccezionalità del tutto particolare, che riguarda non tanto il risarcimento, quanto l'eliminazione dell'antigiuridicità del danno[22] e che, quindi, dovrebbe avere come sua implicazione non tanto l'escludere, di là dalle ipotesi tipiche, ogni tutela risarcitoria per i danni ingiusti causati nell'esercizio di diritti, quanto piuttosto l'applicare ad essi la regola dell'illecito civile, superando la formula indennitaria[23].

È altro tuttavia e opposto il senso in cui tale eccezionalità sarà poi intesa dalla successiva dottrina.

Così, secondo un ordine di idee solo in parte coincidente con quello ora visto, De Cupis delinea i tratti caratteristici della responsabilità da atto lecito quale autonoma categoria di responsabilità, richiamandosi al conflitto tra diritti e alla scelta dell'ordinamento di accordare prevalenza ad un interesse rispetto ad un altro, stabilendo nel contempo «*conseguenze atte a compensare il soggetto dell'interesse sacrificato*». Vi sarebbe, in questi termini, «*un danno legittimo*», cioè un «*danno in senso giuridico indipendentemente dalla sua antigiuridicità*»[24]: la riparazione dei danni derivanti da atti leciti dannosi (l'indennità) rientra così nel più ampio concetto di risarcimento, con la particolarità che la sua quantificazione è rimessa all'equo apprezzamento dell'autorità giudiziaria.

---

[21] D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, cit., 213.

[22] O, come dirà più in seguito Massimo Franzoni, la limitazione della tutela al mero indennizzo. Sul punto cfr. il seguente §.

[23] Tale conclusione (a cui giungerà poi Massimo Franzoni) apre ovviamente il problema di individuare il criterio di imputazione del danno che, in mancanza di deroghe esplicite o ricavabili dal sistema, è, quantomeno sul piano declamatorio, quello della colpa. Ma su tutti questi aspetti si tornerà più oltre.

[24] A. DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, Milano, 1954, 13; nella medesima prospettiva di un'estensione della responsabilità anche a danni non antigiuridici v. M. ALLARA, *Nozioni fondamentali del diritto civile*, I, Torino, 1949, 521.

Nonostante il formale superamento del principio *nessuna responsabilità senza colpa*, resta ferma l'eccezionalità dell'istituto: «*il danno, il quale non sia* contra ius, *solo eccezionalmente assume senso giuridico*»; «*non sussiste regione per una* generale *reazione contro il danno non antigiuridico*»[25]; anzi, una siffatta generale reazione «*addirittura lederebbe le esigenze della convivenza sociale*». Il principio, dunque, più che superato, appare semplicemente derogato o, meglio, confermato dalle eccezioni previste specificatamente dalla legge. La logica è dunque opposta rispetto a quanto sostenuto da Rubino: qui la lesione di interessi meritevoli di tutela non appare in sé fenomeno antigiuridico ed essa riceve protezione da parte dell'ordinamento giuridico solo in casi eccezionali, quale riflesso di una scelta del legislatore e nei limiti in cui tale scelta di operare una deroga ai principi generali sia effettuata.

4. *La responsabilità da atto lecito e il superamento della sua eccezionalità. Prime premesse generali sulla responsabilità civile*

Saranno le riflessioni di Renato Scognamiglio[26] a porre le basi per il superamento di una lettura della responsabilità da atto lecito in termini meramente eccezionali. Al fondo è il più generale abbandono del fondamento sanzionatorio della responsabilità che consente un tale snodo concettuale. È l'abbracciare una più moderna visione del risarcimento quale «*mezzo tecnico per addossare ad altri il danno*», in risposta al problema «*non … tanto … di reagire con adeguata energia al danno dipendente dall'atto dell'uomo, che si pretende illecito, quanto … di prospettare rimedi idonei nei confronti del danno come lesione di un bene protetto, e per la misura dunque in cui assume siffatta rilevanza per il*

---

[25] A. De Cupis, *Il danno*, cit., 17.

[26] R. Scognamiglio, *Indennità*, in *Noviss. dig. it*, VIII, Torino, 1962, 594. Per la sua concezione della responsabilità v. più ampiamente le voci Id., *Illecito*, in *Noviss. dig. it*, VIII, Torino, 1968; Id., *Responsabilità civile*, cit.; Id., *Risarcimento del danno*, in *Noviss. dig. it*, XVI, 1969, 21 ss.

diritto. E che di conseguenza il baricentro della responsabilità civile va ricondotto proprio al danno in quanto rappresenta l'oggetto dell'obbligo di risarcimento»[27].

Muovendo da tali presupposti verrà così reputata erronea la stessa alternativa tra «*danno da illecito o antigiuridico ed il danno da atto legittimo o non antigiuridico*»; secca è la replica a tale impostazione: «*l'unica alternativa nella nostra materia – a volersi mantenere al di sopra di ogni preconcetto – può essere semmai quella che oppone il risarcimento, come strumento tipico della riparazione del danno ingiusto, ed in quanto tale rilevante per il diritto, ad ogni altro rimedio, nei confronti della lesione di un interesse giuridicamente protetto, che si risolve pur sempre nella corresponsione di un compenso in denaro*»[28].

Gli sviluppi del ragionamento non sono esplicitati (per quanto ci consta) negli studi dello Scognamiglio. Ma le sue premesse saranno poste a fondamento delle successive riflessioni sul tema.

5. *Nuovi fondamenti teorici. Rischio e responsabilità da atto lecito nei contributi di Pietro Trimarchi e di Guido Calabresi*

Si deve a Pietro Trimarchi e al metodo dell'analisi economica del diritto un ulteriore contributo concettuale al problema della responsabilità da atto lecito, alla sua *laicizzazione* nel senso di distanza da approcci etici e volontaristici che rendevano inconcepibile, salve eccezioni motivate da altre ragioni etiche, un modello fondato sull'applicazione dell'obbligazione risarcitoria (la *sanzione*) ad un comportamento conforme ai precetti giuridici.

La nuova prospettiva sta nell'evidenziare con chiarezza ed affrontare con nuovo metodo (l'analisi dei costi) il problema che la responsabilità civile deve risolvere: individuare cioè su chi debba ricadere il danno, su chi lo subisce o su un soggetto di-

[27] R. SCOGNAMIGLIO, *Indennità*, cit., *ibid.*
[28] R. SCOGNAMIGLIO, *ibid.*

verso tenuto al risarcimento[29]. Per tale problema e per il nuovo metodo non v'è infatti spazio per considerazioni relative alla giuridicità o all'antigiuridicità al fine di determinare lo spazio, concettuale e operativo, di ammissibilità della responsabilità civile.

Nel suo noto studio sul *Rischio e responsabilità oggettiva*, Pietro Trimarchi[30] non affronta *ex professo* il tema della responsabilità da atto lecito. E, per quanto la sua ricostruzione possa considerarsi in un certo modo eccentrica rispetto al percorso di revisione del generale fondamento della responsabilità civile e della inclusione in essa, per tale via, della responsabilità per atto lecito, la riorganizzazione sistematica proposta sembra comunque idonea a spiegare alcune delle più importanti ipotesi di attività lecite dannose (e generalmente non considerate tali dalla dottrina) e, cioè, le ipotesi di responsabilità oggettiva legate allo svolgimento di attività d'impresa.

Si conosce la polarizzazione, proposta dall'A., della responsabilità civile attorno a due principi generali: la colpa e il rischio.

Non che la colpa sia negata quale criterio di imputazione della responsabilità; di esso ne è tuttavia ridimensionato l'ambito. Esso opererebbe, salvo eccezioni, solo a proposito dei danni causati fuori dal sistema imprenditoriale (da «*le attività biologiche, le attività non economiche, le attività non organizzate*»*)*; per questi ultimi opererebbe invece un diverso criterio generale di imputazione del danno e, cioè, il rischio, afferente ad un sottosistema della responsabilità autonomo dalla colpa; ad

[29] P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961, 16.

[30] P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, cit.; sulla responsabilità oggettiva per rischio d'impresa. Sono questi percorsi che intersecano il piano dell'analisi economica del diritto e le riflessioni ivi svolte circa il fondamento e le ragioni della responsabilità civile; in proposito si v. i citati (v. Parte I Capitolo I) lavori di R. Posner e soprattutto di G. Calabresi. Per lo sviluppo del criterio del rischio nel diritto tedesco sia in relazione alla responsabilità delle organizzazioni imprenditoriali sia in relazione alla responsabilità della pubblica amministrazione in G. BRÜGGEMEIER, *From Individual Tort for Civil Servants to Quasi-Strict Liability of the State: Governmental or State liability in Germany*, in D. FAIRGRIEVE, M. ANDENAS, J. BELL (eds), *Tort Liability*, cit., 571 ss.

esso si ascriverebbero (senza ovviamente esaurirlo) le norme sulla responsabilità oggettiva contemplate dal codice civile (agli artt. 2049, 2050, 2051, 2052, 2053 e 2054, quarto comma).

Il rischio, secondo la chiave di lettura proposta, non si radicherebbe dunque nella situazione di pericolo generata dallo svolgimento di specifiche attività che, pur se permesse dall'ordinamento, si legano ad un'astratta probabilità di danno per i terzi[31]. Non viene, cioè, identificato nel criterio dell'*esposizione a pericolo*, di matrice sanzionatoria, che conserva una forte comunanza con la colpa e che evoca un «*comportamento che, secondo un modello analogo, viene parimenti riprovato*»[32].

Esso varrebbe infatti non solo per le imprese particolarmente pericolose, ma per qualsiasi impresa che, implicando «*organizzazione e continuità*», «*se causa danni, grandi o piccoli, frequenti o infrequenti, li causa con una certa regolarità, calcolabile per lunghi periodi, talché il rischio relativo può essere tradotto in costo*»[33].

Il rischio viene così assunto come *rischio-costo*, cioè come «*categoria riassuntiva di tutto ciò che va imputato ai costi di un'attività*»[34], coerentemente con «*la teoria economica della distribuzione dei costi e dei profitti, quale condizione determinante le scelte nella produzione*».

Tale criterio vorrebbe la responsabilità attribuita «*a chi ha il controllo delle condizioni generali del rischio, ed è in grado di tradurre il rischio in costo, inserendolo armonicamente nel gioco dei profitti e delle perdite, con lo strumento dell'assicurazione e dell'autoassicurazione*»[35].

È questo un criterio che si giustifica anche per la funzione economica (e sociale) svolta; ove infatti «*il sistema giuridico non*

---

[31] In tal senso, M. COMPORTI, *Esposizione al pericolo e responsabilità civile*, Napoli, 1965.

[32] C. CASTRONOVO, *Responsabilità oggettiva - diritto comparato e straniero*, cit., 8.

[33] P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, cit., 36.

[34] C. CASTRONOVO, *Responsabilità oggettiva - diritto comparato e straniero*, cit., 8.

[35] P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, cit., 50.

attribuisca all'imprenditore il costo del rischio che egli crea, può accadere che imprese marginali o settori marginali di impresa siano attivi dal punto di vista del singolo imprenditore, laddove dal punto di vista sociale siano passivi, distruggendo un valore maggiore di quello che producono, e si mantengano in vita solo in quanto una parte del loro passivo sociale, e cioè il costo del rischio da esse introdotto nella società, venga pagato dal pubblico»[36]. Per converso, l'attribuzione «*del rischio d'impresa costituisce una pressione economica perché sia razionalizzata (dal punto di vista sociale) la produzione*». E dunque «*ha la funzione di premere per una riduzione del rischio*»[37] o meglio «*per la eliminazione del rischio socialmente ingiustificato*»[38].

Secondo questa chiave dunque, il rischio, quale criterio di imputazione dei danni ascrivibili ad un'organizzazione complessa, oggi in parte posto alla base della disciplina della responsabilità del produttore e dell'esercente un'attività pericolosa[39], potrebbe spiegare le più rilevanti ipotesi di responsabilità da atto lecito. È chiaro infatti che il rischio costituisce un criterio d'imputazione della responsabilità non solo fondato su basi oggettive

---

[36] P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, cit., 35.

[37] P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, cit., 36.

[38] P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, cit., 37. In questo la responsabilità oggettiva realizzerebbe una funzione più ampia di quella per *rischio evitabile* accolta, in relazione alle attività pericolose, dall'art. 2050 c.c. (il quale comprende solo i *danni che si sarebbero potuti evitare con l'adozione di tutte le possibili misure di sicurezza offerte dalla tecnica*). Al riguardo l'A. osserva che tale responsabilità «preme solo per l'adozione di misure di sicurezza relative al sistema di produzione adottato». La responsabilità per rischio puro «*può premere anche per il mutamento radicale del sistema di produzione o per la cessazione parziale o totale dell'attività*». (*Ibid.*, 48-49).

[39] La responsabilità del produttore è oggi disciplinata nel d.lgs. n. 205/2005 in cui è confluito il d.P.R. n. 224/1988, attuativo della Direttiva comunitaria n. 374/85/CEE che distingue i regimi delle responsabilità del produttore e dell'esercente un'attività pericolosa in relazione alla valenza liberatoria per il primo (ma non per il secondo) dell'inesistenza del difetto del prodotto al momento della messa in circolazione e del difetto derivante dal c.d. rischio sviluppo, riguardante cioè il difetto esistente al momento della messa in circolazione del prodotto ma non conoscibile allo stato delle conoscenze tecniche e scientifiche del momento. Sul punto v. *amplius* M. FRANZONI, *L'illecito*, cit., 648 ss.

(e quindi alternativo alla colpa), ma altresì sganciato dall'obbiettiva antigiuridicità della condotta: ché anzi, generalmente, le attività per cui vige il criterio del rischio non solo non sono vietate ma sono attività che fuoriescono dalla sfera degli interessi individuali in quanto socialmente utili.

Anche Guido Calabresi, nell'indicare un criterio oggettivo di imputazione della responsabilità, fa riferimento al rischio-costo. A differenza di Trimarchi, egli non considera tuttavia l'intero complesso dell'attività (e di un'attività tipologicamente individuata) ma ha riguardo al singolo specifico danno.

Nel modello proposto il danno e, cioè, il suo costo, deve gravare su colui che sia in grado di sopportarlo nel modo più economico possibile e cioè su colui che si trova nella posizione più adeguata ad accertare, attraverso un'analisi costi-benefici, la convenienza di agire o non agire attraverso un raffronto inclusivo dei costi dei danni. Il responsabile di un certo danno è, per tale via, reputato tale perché il verificarsi del danno discende dalla possibilità di compiere tali valutazioni; e dunque, ha sullo sfondo, quantomeno in termini potenziali, una sua scelta, cui consegue l'imputazione dei relativi costi. Egli così nel «*sopportare il costo del danno*» paga «*per la scelta operata*»[40].

È questo modello non astratto e monista ma concreto e relazionale, fondato sulla considerazione complessiva della vicenda, del danneggiante e del danneggiato, in grado di realizzare la miglior combinazione possibile delle funzioni della responsabilità civile: la riduzione del numero e della quantità dei sinistri; la riduzione del costo degli incidenti; la riduzione dei costi di esercizio del sistema della responsabilità civile. Ed anche questo è un modello che prescindendo del tutto dal riferimento alla

---

[40] C. CASTRONOVO, *Responsabilità oggettiva - diritto comparato e straniero*, cit., 12. Questo è il punto in cui viene rintracciata la vitalità della proposta di Calabresi «*Ricondurre la responsabilità oggettiva al livello della scelta e quindi del potere dell'uomo significa sollevarla da quella dimensione di cieca imputazione, di ineluttabile incombere che l'aveva caratterizzata per l'innanzi e che ne aveva condizionato negativamente lo sviluppo*» (*Ibid.*).

condotta e alla sua antigiuridicità, supera e nel contempo risolve il problema della responsabilità per atto lecito.

Si conoscono le critiche che sono state rivolte a tali letture: del modello proposto da Trimarchi è stata principalmente sottolineata l'incapacità di spiegare le ipotesi di responsabilità oggettiva che non si innestano in un'attività d'impresa e l'irriducibilità ad esso della responsabilità da attività pericolose di cui all'art. 2050 c.c. fondata sul c.d. *rischio evitabile.*

Ma il maggior limite di tali teorie risiede nella loro mancata penetrazione nella legislazione e nella giurisprudenza, rimasta formalmente ancorata agli schemi tradizionali, salvo talora accogliere tali criteri attraverso finzioni giuridiche[41].

Ciononostante tali percorsi appaiono particolarmente interessanti per il diritto amministrativo, attesa la complessità dell'organizzazione pubblica, per la quale il riferimento al criterio del rischio e alla necessità di operare una complessiva valutazione dei risultati e dei costi della sua azione, anche sul piano sociale, sembra trovare, nell'ambito dei principi, agganci normativi ulteriori che non nel diritto privato[42].

6. *Ulteriori premesse. Principio solidaristico e responsabilità da atto lecito. Il contributo di Rodotà*

Si riagganciano sia ai percorsi di superamento della concezione sanzionatoria della responsabilità sia alle considerazioni sul rischio di Pietro Trimarchi le riflessioni di Rodotà[43] che, com'è noto, conducono a rinvenire il fondamento della responsabilità civile nel principio di solidarietà.

---

[41] C. CASTRONOVO, *Responsabilità oggettiva - diritto comparato e straniero*, cit., 8 e 13, il quale esprime una piena adesione alle tesi di G. Calabresi, ritenendo possibile innestare il modello proposto nel diritto positivo italiano (C. CASTRONOVO, *Problema e sistema del danno da prodotti*, Milano, 1979, 595 ss.).

[42] Sul punto cfr. *infra* §

[43] Il riferimento è principalmente al suo volume *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964.

Anche qui non si rinviene un'espressa trattazione del problema della responsabilità da atto lecito. Ciononostante, la sua rilettura della responsabilità alla luce del canone solidaristico, consente di aggiungere un ulteriore tassello alla questione della responsabilità da atto lecito in generale (e a quella della pubblica amministrazione in particolare).

Nella chiave di lettura proposta confermato è l'abbandono del criterio della colpa come fondamento della responsabilità: «*responsabilità in senso giuridico*» consiste «*nella imputazione del danno sulla base di una valutazione comparativa degli interessi*»[44] e non nella sanzione di un comportamento colpevole.

È questa una riflessione d'indole non puramente teorica ma suggerita da un approccio storico-realista recante con sé un'esigenza di superare le finzioni e gli adattamenti operati dalla giurisprudenza per far convivere l'illecito colposo con le mutate esigenze storiche; del quale si rinviene, in molti casi, un'applicazione di fatto sganciata dal requisito della colpa[45] e centrata non sulla valutazione della condotta del danneggiante, ma sul danneggiato, o meglio, sugli interessi in gioco.

Confermata è poi anche la relativizzazione nel sistema della responsabilità civile dell'illiceità e, dunque, la possibile inclusione, in tale sistema, dell'atto lecito dannoso: fondamento della responsabilità civile non deve «*essere ricercato in riferimenti extragiuridici, come quello della giustizia o dell'interesse sociale; e neppure … in un atto illecito*» ma «*a fondamento della responsabilità sta un fatto giuridico, il fatto dannoso: un elemento unitario,*

---

[44] S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, cit., 74.

[45] È questa la sfida colta dall'A. «*I nuovi casi di danneggiamento, dal canto loro, si rivelavano molto spesso irriducibili a questo schema, sì che rispetto ad essi si presentavano come possibili gli atteggiamenti seguenti: o mantenere fermo l'antico principio, escludendo ogni risarcimento. o tentare l'applicazione dello stesso principio attraverso finzioni o adattamenti di altro genere; o cercare di far rientrare le nuove ipotesi in una delle previsioni già considerate eccezionali; o tentare la costruzione di un diverso schema, formalmente rispettoso delle caratteristiche proprie delle nuove situazioni e capace, quindi, di disciplinarle in maniera più compiuta*» (S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, cit., 19).

dunque. Molteplici, invece, si riveleranno i criteri per procedere all'imputazione di tale fatto ad un soggetto determinato»[46].

È questa una visione in cui i confini del lecito e dell'illecito paiono peraltro confondersi: la solidarietà emerge infatti come «*limite generale ed interno del contenuto del diritto soggettivo*» sicché «*il diritto soggettivo arriva fin dove comincia la sfera d'azione della solidarietà*»[47].

In questa prospettiva tutti i criteri di imputazione del danno (sia la colpa che i diversi criteri della responsabilità oggettiva, tra cui anche il rischio), sono ricondotti ad un'unitaria matrice solidaristica, ed appaiono tutti espressivi dei medesimi valori e del medesimo principio di solidarietà. Tutti si rivelano suscettibili di applicazioni analogiche ed estensive: la colpa viene destituita di ogni ruolo preminente.

Si riconosce, tuttavia, nell'ambito dei danni generati dagli individui, il carattere generale del criterio della colpa quale strumento di valutazione del superamento del limite della solidarietà, operante «*evidentemente, in mancanza di una espressa previsione legislativa che imponga il ricorso ad un diverso strumento di valutazione*»[48].

Diversa è invece la valutazione del criterio generale di imputazione dei danni causati nell'ambito delle «*attività che si giovano di una qualche forma di organizzazione e siano esercitate con una certa continuità*». Per esse il criterio della colpa rivela la sua incapacità di selezionare i danni risarcibili e di saggiare la violazione del precetto solidaristico.

Come si è visto, per questa tipologia di attività il modello proposto da Trimarchi si incardinava sul principio generale del rischio e, per converso, escludeva l'operatività della colpa (confi-

---

[46] S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, cit., 78.

[47] Così F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1962 (VII ed.), 76 e 77, cui si riporta S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, cit., 93.

[48] S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, cit., 174.

nata a criterio di attribuzione di responsabilità delle azioni individuali).

Anche Rodotà giunge al medesimo risultato attraverso il criterio solidaristico. Ricondotto il rischio sul piano meramente descrittivo di alcuni caratteri comuni ad ipotesi normative diverse, ché il solo vero criterio sistematico rimarrebbe il canone di solidarietà, all'«*ampliamento dell'ambito di applicazione dei criteri previsti dagli art. 2049 e seguenti, alla loro applicazione analogica …*». egli giunge, attraverso l'evidenziazione della loro comune rispondenza, al principio di solidarietà[49]: si conferma così, per i danni causati nell'esercizio di attività complesse, organizzate, l'insufficienza del riferimento alla colpa e l'applicazione di criteri oggettivi di imputazione della responsabilità.

7. *La responsabilità da atto lecito quale categoria non eccezionale della responsabilità civile*

A valle delle riflessioni di Rodotà, un esteso contributo espressamente dedicato al tema della responsabilità da atto lecito si deve a Giuseppe Tucci.

Proseguendo nel percorso di sganciamento concettuale della responsabilità civile dalla colpa e dall'illecito, egli mette in luce che la responsabilità da atto lecito non solo è da ascriversi alla responsabilità civile ma, nell'ambito di questa, costituisce un'*ipotesi non eccezionale*, rispondendo alla medesima *ratio* riparatoria del danno ingiusto.

Si ribadisce qui innanzitutto che *danno risarcibile* è «*semplicemente quello che si ritiene opportuno rimuovere dal patrimonio di un soggetto e imputare ad un altro*»[50] e che la sua individua-

[49] S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, cit., 179. Osserva l'A., in relazione all'articolazione del criterio solidaristico in funzione del danneggiante «*Quale che sia il criterio in questione, comune a tutti è la funzione di imputare un evento determinato (il fatto dannoso) non già ad una* azione soggettiva … *ma ad un soggetto*» S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, cit., 151.

[50] G. TUCCI, *La risarcibilità del danno da atto lecito nel diritto civile*, cit., 263.

zione «*avviene in base ad una complessa valutazione … che consideri la posizione nell'ordinamento dell'interesse leso, e nello stesso tempo il processo di realizzazione dell'evento dannoso*»: l'imputazione della responsabilità postula dunque «*un legame di varia natura*» tra un soggetto e il verificarsi del danno «*in base al quale l'ordinamento possa ritenere equa l'imputazione*»[51].

Si riafferma inoltre che «*solo in base alla concezione sanzionatoria della responsabilità civile, l'esercizio del diritto può acquistare una funzione di causa di esonero del risarcimento-sanzione simile a quella che esplica in sede penalistica*» e che «*il risarcimento … può ben essere l'effetto giuridico di un atto lecito, poiché rappresenta soltanto un mezzo giuridico di protezione della sfera soggettiva … il corrispettivo in denaro di una diminuzione … subita*»[52].

I toni sono di aperta critica rispetto a quanti pur avevano ascritto la responsabilità da atto lecito alla responsabilità civile ma la avevano, di fatto, ritenuta «*un'appendice anomala dell'istituto*»[53]: tale spiegazione è reputata non convincente «*innanzi tutto nella sua sostanza, perché non chiarisce le ragioni del fenomeno, limitandosi soltanto ad affermare che sussiste il risarcimento pur essendo il danno causato lecitamente*»[54].

Si chiarisce in questa prospettiva critica come il ritenere la responsabilità da atto lecito una figura meramente eccezionale di responsabilità civile sia «*pur sempre condizionata dalla fedeltà al principio secondo cui il risarcimento costituisce la reazione ad un atto contrario al diritto*»[55]. E si sottolinea come l'affermazione di siffatto carattere eccezionale non avrebbe una valenza solo teorica: da esso deriverebbe, sul piano applicativo, una tutela aprioristicamente affievolita dell'interesse leso, tutela innanzitutto non giuridicamente necessitata ma legata ad eccezionali ragioni di

---

[51] G. Tucci, *La risarcibilità del danno da atto lecito nel diritto civile*, cit., 263.
[52] G. Tucci, *La risarcibilità del danno da atto lecito nel diritto civile*, cit., 263.
[53] G. Tucci, *La risarcibilità del danno da atto lecito nel diritto civile*, cit., 229.
[54] G. Tucci, *La risarcibilità del danno da atto lecito nel diritto civile*, cit., 233.
[55] G. Tucci, *La risarcibilità del danno da atto lecito nel diritto civile*, cit., 234.

equità ed alla scelta del legislatore di assumere l'atto lecito a presupposto di un risarcimento in funzione compensativa.

Superata la visione dell'eccezionalità della responsabilità da atto lecito dannoso, attesa la sua conformità alla *ratio* riparatoria e assieme solidaristica dell'istituto della responsabilità civile, la sua peculiare caratteristica è individuata essenzialmente nella «*tutela degli interessi del soggetto lecitamente danneggiato, per cui si garantisce il risarcimento della lesione subita entro i limiti stabiliti dalle singole norme*»[56]. Diverse sono infatti le ragioni (solidaristiche) per cui le norme riconnettono nei singoli casi l'effetto risarcitorio alla lesione legittimamente subita: talora (e l'esempio è l'inseguimento dello sciame d'api) è il conflitto di diritti e la responsabilità è tesa a riequilibrare gli interessi soccombenti; in altri casi (come nella revoca della proposta e dell'accettazione di cui all'art. 1328 c.c.) essa è posta a tutela dell'affidamento giustificato.

Affermare la non eccezionalità delle ipotesi ha una primaria implicazione pratica: l'applicazione estensiva delle singole previsioni di responsabilità da atto lecito a casi analoghi.

Ma tale estensione non conduce tuttavia anche alla negazione del principio «*qui suo iure utitur neminem laedit*» e al superamento della tipicità delle ipotesi di responsabilità per atto lecito, di là dalle quali «*il danno conseguente ad un atto lecito è irrilevante per il diritto*»[57].

Si esclude così, con riferimento sia ai danni cagionati dall'amministrazione nei rapporti tra privati sia nei conflitti tra privati, la sussistenza di un principio generale di responsabilità per atti legittimi, che la dottrina pubblicistica aveva già da tempo affermato, pur conducendo la questione nei binari del diritto pubblico[58]. Chiara è la posizione espressa al riguardo dall'A. nelle

---

[56] G. TUCCI, *La risarcibilità del danno da atto lecito nel diritto civile*, cit., 264.

[57] G. TUCCI, *La risarcibilità del danno da atto lecito nel diritto civile*, cit., 264.

[58] Il riferimento è principalmente ai contributi di Salemi e di Alessi che sono espressamente richiamati, in senso critico, dal Tucci (G. TUCCI, *La risarcibilità del danno da atto lecito nel diritto civile*, cit., 267). Per le posizioni della giuspubblicistica sul tema cfr. Capitolo I questa Parte I.

pagine finali del suo contributo: «*non è esatto ritenere che il cittadino, qualora venga privato di un diritto soggettivo riconosciutogli a difesa dei suoi interessi, possa sempre chiedere un indennizzo alla P.A. che gli arreca danno*»[59].

È questa una conclusione che di fatto riduce l'impatto delle pur importanti affermazioni di principio riguardanti la natura non eccezionale della responsabilità da atto lecito. Non è un caso che tali conclusioni siano poste del tutto in secondo piano nelle più recenti e autorevoli rivisitazioni dell'atto lecito dannoso, e che del contributo in esame sia messa in rilievo principalmente l'affermazione della non eccezionalità dell'istituto e sia trascurata, se non del tutto obliterata, la negazione di un principio generale di responsabilità per atto lecito[60].

8. *La responsabilità da atto lecito verso l'atipicità*

Si accostano all'idea dell'atipicità della responsabilità da atto lecito i contributi di Vincenzo Scalisi e di Pietro Perlingieri, condotti secondo metodi diversi ma accomunati da una rilettura della responsabilità aquiliana in chiave assiologico-pratica e ordinamentale, fondata sull'art. 2043 c.c. e concepita, secondo la prospettiva aperta dallo Scognamiglio e dal Rodotà, come categoria unitaria al cui interno scolora la connotazione lecita o illecita della condotta del danneggiante mentre viene in rilievo preminente l'interesse o meglio gli interessi coinvolti nella vicenda lesiva.

In questo quadro, premessa del ragionamento dello Scalisi è il ribaltamento della concezione tradizionale del diritto soggettivo quale *agere licere* e dell'illecito come tutto ciò che non corrisponde all'esercizio di un potere o all'adempimento di un dovere.

Queste proposizioni, e in particolare l'*agere licere*, sarebbero vere «*ma ad una condizione*»: che non vi sia lesione dell'altrui

---

[59] G. Tucci, *La risarcibilità del danno da atto lecito nel diritto civile*, cit., 267.

[60] Così ad es. M. Franzoni, *L'illecito*, cit., attribuisce al Tucci la costruzione di una figura generale da affiancare all'illecito tradizionalmente inteso.

sfera giuridica, «*in quanto tutto ciò che è espressione soltanto della generica libertà di agire non ha titolo, nel conflitto, per istituire un legittimo criterio di preminenza sull'interesse leso della vittima*»[61].

La prospettiva, come si è detto, è chiaramente (e dichiaratamente) assiologico-pratica e il metodo è storico-realistico: in questa chiave il criterio onde riordinare la responsabilità è quello del bilanciamento degli interessi coinvolti o sottesi, da valutarsi nella considerazione della concretezza delle singole ipotesi di danno.

Secondo questa visione, essenziale alla responsabilità è infatti esclusivamente il danno e la sua ingiustizia. E, cioè, la lesione di un interesse protetto o meritevole di tutela (e ciò che tale lesione rappresenta in termini di perdita di una utilità attuale o anche solo potenziale oppure in termini di sacrificio di un valore della persona umana) che si riveli *ingiusta* all'esito di un giudizio valutativo «*effettuato tenendo conto … di tutti gli interessi in gioco, concorrenti o incompatibili, coinvolti dall'evento lesivo, tra cui anche l'interesse dell'autore del danno*» e condotto alla luce del sistema giuridico e di tutte le specifiche circostanze del caso concreto.

In questa ottica, mette in rilievo Vincenzo Scalisi, le ipotesi di responsabilità da atto lecito appaiono caratterizzate da un particolare accentuazione del conflitto aquiliano, che raggiunge «*l'apice della sua problematicità*»[62]: qui «*l'attività lesiva dell'agente si presenta come coerente e corretta esplicazione della posizione di potere o di dovere riconosciutagli dall'ordinamento*»[63].

Tuttavia, per quanto si riconosca che la condotta del danneggiante non possa dirsi carente di giustificazione, «*neppure può sostenersi che la semplice corretta realizzazione delle facoltà insite nell'atto autorizzato o il sicuro esatto adempimento dell'atto*

---

[61] Così V. SCALISI, *Ingiustizia del danno e analitica della responsabilità civile*, cit., 52.

[62] V. SCALISI, *Ingiustizia del danno e analitica della responsabilità civile*, cit., 54.

[63] V. SCALISI, *Ingiustizia del danno e analitica della responsabilità civile*, cit., 54.

dovuto siano di per sé indici di garanzia di assenza o mancanza di ingiusta lesione»[64].

La problematica viene così ricondotta al conflitto di diritti «*in cui si danno più diritti di uguale rilevanza e tutti in astratto capaci di trovare integrale esplicazione, ma con la impossibilità in fatto che tutti vengano realizzati e quindi con la conseguente necessità che la realizzazione dell'uno porti al sacrificio totale o parziale dell'uno e degli altri*»[65].

Il problema, allora, della determinazione dell'ingiustizia si risolve, in tali ipotesi, nell'altro, «*della istituzione di un ordine assiologico di prevalenza tra le contrapposte posizioni soggettive dell'agente e della vittima attraverso la individuazione di precisi criteri decisori, risolutori del conflitto*»[66]. E, dunque, nella individuazione dei necessari criteri di qualificazione «*alla cui stregua operare la ineludibile integrazione dell'interesse leso nel sistema dei valori positivi dell'ordinamento, al fine di verificarne le prevalenza rispetto al contrapposto interesse del danneggiante, quale condizione indefettibile della sua risarcibilità*»[67].

La fonte cui attingere interessi e criteri di ingiustizia, rifiutata l'idea della responsabilità quale clausola generale e norma primaria, è di carattere normativo: è «*il sistema, interrogato ed esplorato nella totalità e globalità dei suoi valori e principi, dei suoi* standards *valutativi, delle sue regole e norme generali, come pure delle sue disposizioni particolari e casuali, quali è possibile desumere anche dalla prassi attuativa e adeguatrice dello stesso di-*

[64] V. SCALISI, *Ingiustizia del danno e analitica della responsabilità civile*, cit., 54.

[65] V. SCALISI, *Ingiustizia del danno e analitica della responsabilità civile*, cit., 55-56.

[66] V. SCALISI, *Ingiustizia del danno e analitica della responsabilità civile*, cit., 54.

[67] V. SCALISI, *Ingiustizia del danno e analitica della responsabilità civile*, cit., 51 il quale precisa che «*il sistema è il criterio ultimo di decisione di ogni effetto giuridico e perciò l'ingiustizia, quale necessaria fonte e causa diretta dell'insorgere dell'obbligo risarcitorio … non può che proporsi quale esito obbligato di un giudizio valutativo effettuato tenendo conto … di tutti gli interessi in gioco, concorrenti o incompatibili, coinvolti dall'evento lesivo, tra cui anche l'interesse dell'autore del danno*» (*ibid.*, 50) Sono chiare le ascendenze dell'impostazione, per le quali v. A. FALZEA, *L'atto negoziale nel sistema dei comportamenti giuridici*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, I, 28.

ritto. Guardando, dunque, anche oltre la Costituzione, e quindi anche e soprattutto al preminente diritto dell'Unione europea e a quello uniforme, come pure a quell'universo normativo di formazione spontanea costituito dagli usi e dalla lex mercatoria»[68].

Con l'avvertenza però che tali criteri non sono determinabili a priori e una volta per tutte, ma solo a posteriori, ed avendo riguardo alla particolare natura dei beni e servizi colpiti, alla specifica condizione dei soggetti coinvolti, al rango degli interessi sottesi all'intera vicenda[69].

Un ulteriore tentativo, più o meno esplicito, di affermare la atipicità della responsabilità da atto lecito superando la valenza esimente di un lecito solo astrattamente definito si deve alle riflessioni di Pietro Perlingieri[70], che colgono del problema non solo i profili teorici ma anche le importanti ricadute applicative[71].

Il presupposto su cui si fonda una simile apertura è la lettura unitaria del fenomeno della responsabilità civile, fondata sul riconoscimento del primato della persona umana nell'ambito dei valori protetti dell'ordinamento e sulla centralità dell'interesse leso nell'ambito del giudizio di responsabilità[72].

---

368 V. Scalisi, *Ingiustizia del danno e analitica della responsabilità civile*, cit., 54.

69 V. Scalisi, *Ingiustizia del danno e analitica della responsabilità civile*, cit., 54.

70 P. Perlingieri, *La responsabilità civile tra indennizzo e risarcimento*, cit., 1061 ss.

71 Sul piano teorico si coglie innanzitutto la centralità della questione che viene peraltro colta nella sua immediata dimensione operativa: «*Tutto il problema della responsabilità civile potrebbe essere visto tra indennizzo e risarcimento*». Così P. Perlingieri, *Riflessioni sul danno risarcibile per lesione di interessi legittimi*, in *Rivista giuridica del Molise e del Sannio*, 2004, 120.

72 Di qui la diffusa critica rispetto alla scissione, operata dalla giurisprudenza, tra danno patrimoniale disciplinato dall'art. 2043 e danno non patrimoniale ricondotto, com'è noto, all'art. 2059 c.c. Contro la creazione di una simile polarizzazione l'A. riafferma l'unitarietà del sistema di responsabilità civile fondato sulla reazione alla lesione di un interesse protetto, in funzione riparatrice. Osserva poi peraltro come la patrimonialità o la non patrimonialità debba riferirsi all'interesse leso, ferma la patrimonialità del danno in ragione della sua attitudine alla valutazione in termini economici delle conseguenze lesive della condotta (P. Perlingieri, *La responsabilità civile tra*

Di qui l'affermazione che «*la responsabilità civile si fonda sull'ingiustizia del danno, sia nell'ipotesi dell'attività illecita sia nell'ipotesi dell'attività lecita dannosa*», avendo a suo riferimento normativo l'art. 2043 c.c., il quale, secondo una chiave di lettura unitaria, viene inteso come «clausola generale» avente valore primario e fondata, in chiave solidaristica, sul bilanciamento degli interessi e sul giudizio di meritevolezza degli stessi[73].

Decisa è, in questa chiave, la critica per la ingiustificata compressione della tutela degli interessi, derivante dalla scissione di responsabilità da atto illecito e lecito e da quella, conseguente, tra risarcimento e indennizzo, contestata sia sul piano sistematico sia su quello operativo.

E così arbitrarie sarebbero le distinzioni tra i due rimedi, generalmente condotte sulla base di criteri astratti: quali l'idea corrente che si sia in presenza di un'ipotesi di risarcimento qualora siano computati sia il danno emergente che il lucro cessante e che invece si sia di fronte ad un'ipotesi di indennizzo qualora si quantifichi il solo danno emergente. Distinzioni non fini a se stesse ma che si traducono nell'arbitraria limitazione della tutela di interessi meritevoli di tutela.

Contro tali orientamenti l'imporsi della logica unitaria della responsabilità civile consente invece, secondo la lettura proposta, di riconoscere un'unica risposta plausibile al danno ingiusto, sia esso derivante da una condotta lecita o illecita, e cioè quella del risarcimento, «*proprio perché a prescindere dalla ingiustizia del danno, un atto lecito dannoso, in quanto tale esige pur sempre un risarcimento, sì che non può non rientrare nel sistema della responsabilità civile*»[74]. Non conformi ai canoni di effettività della

---

indennizzo e risarcimento, cit.: per una decisa critica a tale orientamento giurisprudenziale v., le incisive pagine di R. SCOGNAMIGLIO, *Il danno non patrimoniale innanzi alle sezioni unite*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, 486).

[73] Sulla natura di norma primaria del 2043 c.c., da ultimo, F. BUSNELLI, *La responsabilità per esercizio illegittimo della funzione amministrativa vista con gli occhiali del civilista*, in *Dir. amm.*, 2012, in corso di pubblicazione.

[74] P. PERLINGIERI, *La responsabilità civile tra indennizzo e risarcimento*, cit., 1068.

tutela si rivelano così le numerose previsioni indennitarie che fanno conseguire alla lesione di beni talora primari l'applicabilità di parametri fissi, frutto di meri calcoli aritmetici ovvero di una penale già stabilita in maniera rigida.

In sede applicativa, conformemente ad alcuni orientamenti giurisprudenziali, non dovrebbe pertanto potersi prescindere da una valutazione del *quantum* che superi l'acritica applicazione di parametri o preconcetti e che faccia ricorso ai principi generali quali la proporzionalità e la ragionevolezza e a quello della riparazione del danno secondo una corretta proporzione con gli interessi in gioco[75].

Sono queste linee di tendenza che incontrano la lettura della responsabilità civile in termini di *rimedio*, secondo approcci mutuati dalla *common law* e centrati sulla risposta ad un bisogno di tutela definito in concreto nel bilanciamento degli interessi e soddisfatto attraverso strategie di protezione articolate in funzione di tale definizione[76]. Anche tale approccio, nel porre in primo piano l'interesse leso e gli strumenti per la sua tutela, conferma uno schema di lettura della responsabilità civile in cui i confini del lecito e dell'illecito perdono il loro valore dogmatico di elementi, positivi o negativi, costitutivi della fattispecie o della sua efficacia giuridica, per divenire elementi del giudizio di valutazione della meritevolezza dell'interesse leso[77].

---

[75] Si v. ad es. Cass. pen., 22 gennaio 2004, n. 2050 con riguardo ai danni cagionati da ingiusta detenzione; o la complessa vicenda giurisprudenziale riguardante i danni da trattamento sanitario obbligatorio (su cui si v. la Parte II, Cap. I) ma esemplare in questo senso è anche, come si vedrà la vicenda relativa all'indennità di esproprio.

[76] Per la nozione di rimedio e la sua applicazione alla responsabilità civile v. S. MAZZAMUTO, *La nozione di rimedio nel diritto continentale*, in *Eur. e dir. priv.*, 2007, 585 ss.; G. VETTORI, *Diritto, principi e tecnica rimediale nel dialogo fra le Corti*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, 237 e, in chiave di ripensamento critico, attento alle possibili derive pretorie derivanti dall'applicazione (in generale e con particolare riferimento all'ingiustizia del danno nella responsabilità civile) di schemi valutativi privi di solidi agganci normativi, v., S. MAZZAMUTO, *Spunti in tema di danno ingiusto e di danno meramente patrimoniale*, in *Eur. e dir. priv.*, 2008, 349 ss.

[77] Così afferma P. PERLINGIERI, *Riflessioni sul danno risarcibile per lesione di in-*

9. *Le teorie che negano l'ammissibilità concettuale della responsabilità da atto lecito. Premessa*

Accanto alla tendenza all'affermazione della responsabilità da atto lecito si collocano le voci contrarie a tale percorso.

Alcune di esse, autorevoli e recenti, hanno riaffermato «*l'incerta qualificazione dogmatica della figura*»[78] riconducendo, secondo le visioni tradizionali, la rilevanza del danno prodotto da un atto lecito ad espresse previsioni normative «*nelle quali il danneggiato è costretto a subire il danno, anche se gli si riconosce un palliativo, cioè un indennizzo*». «*In tutti gli altri casi non espressamente disciplinati dal legislatore, l'esercizio del diritto non comporta alcun danno giuridicamente rilevante*»[79]. Talvolta il rifiuto della categoria è implicito nell'affrontare le questioni dei

---

teressi legittimi, cit., 118, che «*La problematica va allora rivista in chiave di rimedi. Occorre riconoscere quei rimedi necessari per la tutela degli interessi che sono appunto degni di essere protetti …. È finita l'epoca della tassatività dei rimedi. Quando un interesse va tutelato occorre individuare nell'ambito dell'ordinamento – anche processuale – gli strumenti che lo possono realizzare*».

[78] Così ad es. G. ALPA, *La responsabilità civile. Parte generale*, Torino, 2010, 353. Al riguardo si v. anche, la posizione di C.M. BIANCA, *Diritto civile. La responsabilità*, Milano, 1994, 555, secondo cui «*La responsabilità da atto lecito designa gli obblighi legali di indennizzo derivanti da fatti dannosi non vietati dall'ordinamento giuridico*», i quali trovano «*fondamento nell'esigenza che in determinati casi chi esercita un diritto ne paghi le conseguenze economiche negative subite da altri*» (*ibid.*, 557) ma ritiene «*l'idea di una 'responsabilità' nascente da fatto lecito … intimamente contraddittoria, in quanto il compimento di un atto autorizzato dalla legge non giustifica alcuna conseguenza in termini di responsabilità, che è nozione essenzialmente attinente all'illecito*» (*ibid.*, 556), analogamente si v. la meno recente posizione di C. MAIORCA, *I fondamenti della responsabilità*, Milano, 1990, 462 secondo cui «*appare chiaro che il corrente assunto di una possibile "responsabilità da atto lecito" sia una contraddizione in termini. In tale prospettiva vengono in considerazione fattispecie nelle quali è previsto, come onere per l'uso di un certo diritto, il pagamento di una 'indennità', la quale nulla ha a che vedere con il 'risarcimento del danno' nella prospettiva della responsabilità civile*» (*ibid.* 462). Analogamente, D. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano, 1958, 512, fermo il fondamento sanzionatorio del risarcimento, l'indennità avrebbe invece funzione di riparazione per la lesione dell'altrui interesse che, avvenuta fuori dall'illecito, avrebbe carattere non antigiuridico.

[79] G. ALPA, *La responsabilità civile. Parte generale*, cit.,

danni derivanti dall'esercizio di diritti non in via generale ma con specifico riguardo alle singole ipotesi previste dalla legge[80].

Altre voci nel negare l'ammissibilità della categoria hanno ricondotto all'illecito civile sia le singole ipotesi previste dalla legge sia, più in generale, la stessa questione della responsabilità per atto lecito.

Queste ultime letture appaiono di particolare interesse per la nostra ricerca in quanto, pur se giungono a negare la categoria, esse nel contempo, focalizzando l'attenzione sul confine tra lecito e illecito, consentono di individuare una via diversa per la tutela dei diritti nelle ipotesi di lesioni generate dall'esercizio di altrui poteri.

In questa stessa direzione della possibile illiceità dell'esercizio del diritto sembrano collocarsi anche le teorie dell'abuso del diritto, soprattutto se lette, in consonanza con i più recenti orientamenti, secondo una concezione oggettiva dell'abuso, sganciata dal dolo dell'agente.

Un ulteriore tentativo di giungere all'affermazione di una generale tutela degli interessi lesi nell'ambito di attività lecite fuori dai percorsi della responsabilità civile si deve alla proposta di ricondurre il tema all'arricchimento senza causa; pur nei suoi limiti, anche questa proposta conferma la presa di coscienza del problema da parte della civilistica italiana e attesta il tentativo di apprestarvi un rimedio.

10. *La riconduzione della responsabilità da atto lecito all'illecito*

Il rifiuto della categoria degli atti leciti dannosi e della corrispondente responsabilità da atto o fatto lecito è netta nei lavori di Giovanni Torregrossa e di Massimo Franzoni[81].

---

[80] Sul punto v. P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Gli atti leciti dannosi*, in *Rassegna di dottrina e giurisprudenza sulla responsabilità civile* a cura di P. Cendon, Torino, 1998, 413 ss.

[81] Il riferimento è a G. TORREGROSSA, *Il problema della responsabilità da atto lecito*, Milano, 1964. Si noti che il contributo è reputato peraltro ad oggi l'unico lavoro

Esso muove dalla condivisione delle brevi osservazioni svolte, a proposito della responsabilità da atto lecito nel diritto privato[82], da Elio Casetta: l'«*insanabile* e *inspiegabile*» contrasto su cui si fonda tale nozione – e cioè «*tra liceità del comportamento tenuto e l'obbligo di risarcire il danno*» – a suo avviso non sussisterebbe. «*Certo la legge consente, ad esempio, al soggetto, in determinate ipotesi di entrare nel fondo altrui. Ma, per eliminare l'ingiustizia del fatto, ciò non è sufficiente. Occorrerebbe che la legge consentisse di esercitare quel diritto in un qualsiasi modo, anche mediante comportamenti dannosi per il proprietario del fondo. Il che non è, perché la legge medesima, insieme con l'attribuzione del diritto, pone l'obbligo del risarcimento, che, per definizione, manca proprio in ogni caso di comportamento ad essa conforme*»[83].

A tali osservazioni entrambi i civilisti esplicitamente si riportano, pur muovendo da opposte concezioni della responsabilità: sanzionatoria e implicante antigiuridicità e colpa il primo; normativa e fondata essenzialmente sulla riparazione di un danno ingiusto, il secondo.

Nello studio di Torregrossa la non accettazione della categoria della responsabilità da atto lecito[84] è tutta centrata sulla riaffermazione dei concetti tradizionali che già da tempo erano stati messi in discussione: da un lato, tale rifiuto è derivato dalla «*incompatibilità logica e giuridica*» tra responsabilità per danni ed «*esercizio del diritto*», dogmaticamente concepito come *agere licere*[85]; dall'altro, si accompagna alla riaffermazione della centra-

---

in forma monografica dedicato al tema (così T.V. RUSSO, *La responsabilità da atto lecito dannoso*, *cit).* In effetti oggi si affiancano alla monografia di Torregrossa i contributi di M.A. MAZZOLA, *Responsabilità civile da atti leciti dannosi*, Milano, 2007 e di C. BUONAURO, *Responsabilità da atto lecito dannoso*, Milano, 2012 (entrambi pubblicati nella collana *Il diritto privato oggi* diretta da Paolo Cendon) di taglio però maggiormente divulgativo.

[82] Ma si noti la sua differente impostazione del tema nel diritto pubblico per la quale v. il Cap I questa Parte I.

[83] E. CASETTA, *L'illecito degli enti pubblici*, cit.

[84] G. TORREGROSSA, *Il problema della responsabilità da atto lecito*, *cit*., 67 ss.

[85] G. TORREGROSSA, *Il problema della responsabilità da atto lecito*, *cit*., 194 ss.

lità della relazione responsabilità-colpa-antigiuridicità e dell'ingiustizia, intesa peraltro come lesione di diritti soggettivi e non anche di interessi, altri dai diritti, meritevoli di tutela da parte dell'ordinamento giuridico, come si andava affermando in quel periodo in dottrina e in giurisprudenza[86].

L'approccio teorico è risoluto: della formula «*responsabilità per atti leciti*» si afferma addirittura la «*incompatibilità terminologica*». Le singole ipotesi tipiche, comprese quelle pubblicistiche, sono viste quali ipotesi di assoluta prevalenza di un diritto sull'altro, in chiave di *agere licere* e senza alcuna compensazione. Sicché gli indennizzi previsti non avrebbero riguardo all'esercizio delle facoltà permesse ma sarebbero veri e propri *risarcimenti* per fatto illecito e cioè per danni cagionati oltre l'autorizzazione normativa.

Ove infatti vi sia «*un contrasto fra il comportamento di chi cagiona il danno ed il diritto soggettivo del danneggiato … è necessario concludere per la illiceità del comportamento stesso*»[87].

In tal modo anche Torregrossa giunge ad equiparare l'indennizzo al risarcimento e a contestare che l'indennizzo possa assumere funzione equitativa: l'indennizzo si differenzierebbe dal risarcimento unicamente «*dall'intenzione del legislatore di escludere il risarcimento in forma specifica, e non da un supposto carattere lecito dei danni che l'indennità stessa è diretta a compensare*»[88].

In tal modo giunge anche a negare implicitamente il principio di tipicità dei danni risarcibili causati da terzi nell'esercizio di propri diritti.

Tale linea è condivisa, nell'approdo, anche da Massimo Franzoni. Anch'egli riporta la figura, nel sistema delle fonti dell'obbligazione (di cui all'art. 1173 c.c.), al fatto illecito[89].

---

[86] F. BUSNELLI, *La lesione del credito da parte del terzo*, Milano, 1964; S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, cit.; ma v. già Salv. ROMANO, *Trasporto di cortesia*, in *Riv. dir. civ.*, 1960, I, 485, ora in *Scritti minori*, Milano, 1980, II, 905 e, sullo sfondo di una visione unitaria dell'azione antigiuridica, F. CARNELUTTI, *Danno e reato*, Padova, 1926, 12 ss.

[87] G. TORREGROSSA, *Il problema della responsabilità da atto lecito*, cit., 201.

[88] G. TORREGROSSA, *Il problema della responsabilità da atto lecito*, cit., 200.

[89] M. FRANZONI, *L'illecito*, cit., 1251 ss.; ID., *Dei fatti illeciti*, cit.

La cornice teorica di partenza è tuttavia totalmente diversa ed è di adesione alle più moderne revisioni critiche dell'illecito civile, dei suoi tratti essenziali e delle sue funzioni, ormai sganciati sia dall'antigiuridicità che dalla colpa e coessenziali unicamente al danno ingiusto, inteso come lesione di un interesse meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico. È, quindi, nella chiave di lettura adottata, l'ingiustizia del danno e non un attributo della condotta lesiva a fungere da criterio selettore del danno risarcibile[90].

Non vi sono più dunque, in questa prospettiva, le incongruenze sistematiche della categoria *responsabilità da atto lecito:* il concetto di responsabilità civile adottato ben potrebbe sopportare questa sua articolazione. E tuttavia di essa non si ravvede il fondamento. Non sembra possibile fondarla a partire dalla nozione di indennità o di indennizzo, atteso l'uso promiscuo che ne fa il legislatore[91]. Ma soprattutto, secondo quanto già sostenuto dal Casetta e dal Torregrossa, non appare corretto attrarre alla sfera del lecito «*un comportamento e tutte le sue conseguenze, per il solo fatto che una norma espressamente autorizza il comportamento*»[92].

Rispetto alle passate visioni cambia tuttavia il modo di intendere il confine tra lecito e illecito. Il quale non risiede tanto nella condotta e, cioè, nella sua giuridicità o antigiuridicità,

---

[90] M. FRANZONI, *L'illecito*, cit., 45 ss.

[91] Almeno tre, ed inconciliabili, sono i risultati individuati nella legislazione: «(a) *come corrispettivo per il sacrificio di un diritto, nell'esproprio, nella costituzione di una servitù coattiva, nel"accessione invertita;* (b) *come criterio per determinare la prestazione contrattuale assicurativa;* (c) *come sinonimo di risarcimento*» (Così M. FRANZONI, *L'illecito*, cit., 1251 ss.). Decisa è la conclusione che se ne trae circa il carattere non fondante della nozione di indennizzo o indennità: «*Pertanto non è legittimo delineare autonomamente la figura dell'atto lecito dannoso muovendo da quella di indennizzo, altrimenti si correrebbe il rischio di confondere l'indennizzo per la costituzione di una servitù coattiva, con l'indennizzo conseguente al danno cagionato dal proprietario che insegue propri sciami d'api (art. 924 c.c.) o animali mansuefatti (art. 925 c.c.) sul fondo altrui*» (ID., *ibid.*). Per un recente tentativo in questo senso, in una prospettiva però pubblicistica, A. CRISMANI, *Le indennità nel diritto amministrativo*, cit.

[92] M. FRANZONI, *L'illecito*, cit., 1251.

quanto piuttosto nel risultato: «*Una volta ammessa l'esistenza di un potere eccezionalmente attribuito ad un soggetto, successivamente deve valutarsi l'uso fattone dal soggetto. La valutazione in termini di illiceità non va effettuata con riguardo alla sussistenza del potere di agire, previsto per legge, bensì sul risultato ultimo dell'azione*»[93].

È dunque il danno ingiusto, cioè la lesione di un interesse protetto a determinare l'attrazione alla sfera dell'illecito delle ipotesi c.d. di responsabilità da atto lecito.

In questa specifica chiave si riafferma dunque una legittimazione che «*non va oltre lo scopo della norma*» poiché fondata «*sul presupposto di un certo bilanciamento di interessi compiuto dal legislatore*». La soluzione del conflitto infatti non può travalicare quanto espressamente previsto, «*con la conseguenza che, al verificarsi di un danno lesivo di un interesse diverso e non disciplinato dalla norma, dovrà ammettersi il risarcimento integrale*»[94].

In questo quadro, tutti i casi definiti tradizionalmente come atto o fatto lecito dannoso, «*quando il loro esercizio sia causa di un pregiudizio economico*», sono riletti quali «*comuni fatti illeciti, rispetto ai quali, talvolta, è previsto un risarcimento di importo più limitato, con la previsione di un indennizzo*»[95].

L'epilogo illecito della vicenda non è neppure inficiato dalla «*diversa misura del danno cagionato rispetto a quello da risarcire*» che si riscontra nelle ipotesi tipiche: in tali previsioni infatti eccezionale non appare «*la responsabilità da atto lecito dannoso, bensì la previsione di una indennità … posto che la regola è il risarcimento integrale del danno*»[96]. Di qui, e in questo nuovo senso, l'affermazione della tassatività di queste figure, «*posto che contemplano soltanto un indennizzo e non un risarcimento integrale*»[97].

---

[93] M. Franzoni, *L'illecito*, cit., 1251.
[94] M. Franzoni, *L'illecito*, cit., 1255.
[95] M. Franzoni, *L'illecito*, cit., 1253.
[96] M. Franzoni, *L'illecito*, cit., 1253.
[97] M. Franzoni, *L'illecito*, cit., 1253.

Appare dunque chiaro lo sfumarsi, in tale epilogo, del lecito e dell'illecito e lo stagliarsi, sul piano sistematico, di una nozione di responsabilità che, a prescindere dalla tipologia della condotta lesiva, ha di mira gli interessi e il loro corretto bilanciamento nell'ottica di definire la concreta meritevolezza degli stessi e la misura della loro tutela.

11. *La responsabilità da atto lecito e la teoria dell'abuso del diritto*

Una parte della dottrina ha tentato di spiegare talune ipotesi di c.d. responsabilità da atto lecito, quelle riconducibili ai rapporti negoziali, ricorrendo alla figura – che pone la medesima antinomia di fondo tra esercizio del diritto e danno – dell'abuso del diritto[98]. e alla violazione dei doveri di buona fede[99].

L'abuso evidenzia infatti, contro un'apparente conformità al diritto, la violazione dei limiti funzionali, obiettivamente intesi, connessi al potere di autonomia privata: «*Il non esercizio o l'esercizio secondo criteri diversi da quelli imposti dalla natura della funzione può considerarsi abuso in ordine a quel potere*»[100]. Ciò si verifica o sotto forma di alterazione del fattore causale che si ri-

---

[98] In particolare, fanno riferimento a tale figura, con riguardo alla rottura degli sponsali di cui all'art. 81 c.c. e alla revoca della proposta di cui all'art. 1328, comma 1, c.c. Salv. ROMANO (si v. *Abuso del diritto*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, e *La buona fede nel diritto privato*, Milano, 1959) e P. RESCIGNO (*L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, 263), il quale ultimo rappresenta l'apparente incompatibilità tra abuso e diritto rappresentata, anche qui come nella responsabilità da atto lecito, dal principio *qui iure suo utitur neminem ledit.*

[99] Per l'essenziale connessione tra abuso del diritto e violazione dei doveri di buona fede v. Salv. ROMANO, *ult. cit.;* in giurisprudenza v. Cass., 18 settembre 2009, n. 20106.

[100] Salv. ROMANO, *Abuso del diritto*, cit., 828-829; ID., *Buona fede*, cit. Per il quadro di teoria generale di fondo in cui i «diritti» non sono più concepiti in senso assoluto, secondo un approccio individualistico v. Santi ROMANO, *Poteri, potestà*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, 189 «*i diritti soggettivi sono poteri che si svolgono e si chiudono nella cerchia di un attuale e concreto rapporto con una cosa determinata o con altri soggetti ugualmente determinati*».

percuote nella struttura dell'atto stesso ovvero sotto forma di una condotta contraria alla buona fede o comunque lesiva della buona fede altrui[101]: si spiegherebbero in questi termini gli obblighi riparatori connessi ad es. alla rottura della promessa di matrimonio, alla revoca della proposta contrattuale, al recesso dal rapporto d'appalto o di mandato.

L'esercizio abusivo del potere determinerebbe, nel conflitto tra i diritti, una situazione di illiceità, fondando per tale via l'obbligazione risarcitoria[102].

Il tentativo di risolvere attraverso la nozione di abuso del diritto la questione della responsabilità da atto lecito, che non è mai stato esteso all'intera categoria, è stato poi abbandonato nel corso delle successive riflessioni.

Pur se l'abuso del diritto e la responsabilità da atto lecito hanno seguito percorsi distinti, le questioni sembrano in qualche modo conservare punti di interferenza e di contatto, quantomeno sul piano teorico, nel problema di fondo del confine tra esercizio del diritto e illecito.

Il dibattito sull'abuso del diritto ha infatti consentito di evidenziare, di là da approcci funzionalistici[103] e volontaristici, l'esistenza di limiti generali intrinseci all'autonomia privata e all'esercizio del diritto soggettivo, derivanti dal conflitto con altri diritti e fondati, secondo le più recenti letture, sui principi generali dell'ordinamento (e, in particolare, sul canone di solidarietà di cui art. 2 Cost.)[104]: da cui accanto all'enucleazione di doveri di pro-

---

[101] Salv. ROMANO, *Abuso del diritto*, cit., 828.

[102] P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, Bologna, 1998.

[103] Contro l'idea della funzionalizzazione del diritto al perseguimento di interessi superiori e per la possibilità che l'interesse generale possa atteggiarsi quale limite del diritto, con specifico riguardo al tema dell'abuso v. F. BUSNELLI, E. NAVARRETTA, *Abuso del diritto e responsabilità civile*, in AA.VV., *L'abuso del diritto*, Padova, 1998, 186 e ss.

[104] Su cui si v. oltre, ai citati scritti di Salv. ROMANO, si ved. U. NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, 18 ss.; V. GIORGIANNI, *L'abuso del diritto nella teoria della norma giuridica*, Milano, 1963; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, *cit.*, 77; G. CATTANEO, *Buona fede*

tezione nelle diverse fasi del rapporto giuridico, è derivata l'affermazione di un sindacato sull'autonomia privata operato attraverso il confronto tra gli interessi in conflitto[105] e la verifica della proporzionalità del rapporto tra benefici perseguiti dal titolare del diritto e sacrifici imposti alla controparte[106].

---

oggettiva e abuso del diritto, in *Riv. dir. civ.*, 1971, II, 613 ss.; S. PATTI, *Abuso del diritto*, in *Dig. disc. priv.*, Torino, 1987, 2 ss.; C. SALVI, *Abuso del diritto (Diritto civile)*, in *Enc. giur.*, I, Roma, 1988; A. GAMBARO, *Abuso del diritto. II) Diritto comparato e straniero*, in *Enc. giur.*, I, Roma, 1988; P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, cit.; D. MESSINETTI, *Abuso del diritto*, in *Enc. del diritto*, Aggiorn. II, Milano, 1998, 1 ss.; F. BUSNELLI, E. NAVARRETTA, *Abuso del diritto e responsabilità civile*, cit.; e, per una riconduzione all'approccio rimediale, S. MAZZAMUTO, *La nozione di rimedio nel diritto continentale*, cit., 2007, 585 ss.; G. VETTORI, *Diritto, principi e tecnica rimediale nel dialogo fra le Corti*, cit., 237.

[105] Così F. BUSNELLI, E. NAVARRETTA, *Abuso del diritto e responsabilità civile*, cit., 187.

[106] Si v. l'ampio sindacato sull'esercizio dell'autonomia privata che, nella prospettiva dell'abuso, ammette Cass., 18 settembre 2009, n. 20106: «*il controllo e l'interpretazione dell'atto di autonomia privata dovrà essere condotto tenendo presenti le posizioni delle parti, al fine di valutare se posizioni di supremazia di una di esse e di eventuale dipendenza, anche economica, dell'altra siano stati forieri di comportamenti abusivi, posti in essere per raggiungere i fini che la parte si è prefissata. Per questa ragione il giudice, nel controllare ed interpretare l'atto di autonomia privata, deve operare ed interpretare l'atto anche in funzione del contemperamento degli opposti interessi delle parti contrattuali. Erra, pertanto, il giudice di merito quando afferma che vi è un'impossibilità di procedere ad un giudizio di ragionevolezza in ambito contrattuale, escludendo che lo stesso possa controllare l'esercizio del potere di recesso; ritenendo che, diversamente si tratterebbe di una valutazione politica. Il problema non è politico, ma squisitamente giuridico ed investe i rimedi contro l'abuso dell'autonomia privata e dei rapporti di forza sul mercato, problemi questi che sono oggetto di attenzione da parte di tutti gli ordinamenti contemporanei, a causa dell'incremento delle situazioni di disparità di forze fra gli operatori economici*». Ancora sulla connessione tra abuso del diritto e doveri di solidarietà sociale di cui all'art. 2 Cost., v. Cass., 31 maggio 2010, n. 13208 e S.U., 15 novembre 2007, n. 23726, relativa al c.d. abuso del processo che, con riferimento al frazionamento di un credito in più domande giudiziali di adempimento, operato da un creditore, ha ritenuto abusiva la scelta in quanto suscettibile di determinare maggiori spese per il debitore, osservando come «*viene in rilievo l'ormai acquisita consapevolezza della intervenuta costituzionalizzazione del canone generale di buona fede oggettiva e correttezza, in ragione del suo porsi in sinergia con il dovere inderogabile di solidarietà di cui all'art. 2 Cost., che a quella clausola generale attribuisce all'un tempo forza normativa e ricchezza di contenuti, inglobanti anche obblighi di protezione della persona e delle cose della controparte, funzionalizzando così il rapporto obbligatorio alla tutela an-*

Il che, per quanto di nostro interesse, mostra come il conflitto tra interessi contrapposti vada perdendo la sua chiave di soluzione nella composizione attuata dalla legge con l'attribuzione di un diritto o di un potere. Le attuali tendenze mostrano infatti come l'esercizio lecito del diritto non si definisca ormai più, in astratto e in chiave formale, avendo riguardo al bilanciamento tra posizioni contrapposte operato dalla legge, ma si precisi in concreto, alla luce dei doveri costituzionali di solidarietà e di rispetto dei diritti fondamentali, costituzionalmente garantiti, i quali emergono anche nel diritto privato come limiti ulteriori e immanenti all'esercizio dei poteri giuridici.

12. *La responsabilità da atto lecito e l'arricchimento senza causa*

Un cenno conclusivo va fatto ad un ulteriore tentativo di inquadrare l'atto lecito dannoso fuori dai confini della responsabilità, ad attestare, per un verso, la diffusa percezione di un problema di riparazione degli interessi lesi da attività lecite e, per l'altro, la difficoltà di risolvere il problema fuori dai binari della responsabilità.

Il riferimento è all'inquadramento del danno da atto lecito operato attraverso il richiamo all'istituto dell'arricchimento senza causa, disciplinato dall'art. 2041 c.c. («*chi, senza una giusta causa, si è arricchito a danno di un'altra persona è tenuto, nei limiti dell'arricchimento, a indennizzare quest'ultima della correlativa diminuzione patrimoniale*»).

---

che dell'interesse del partner negoziale … Se, infatti, si è pervenuti, in questa prospettiva, ad affermare che il criterio della buona fede costituisce strumento, per il giudice, atto a controllare, anche in senso modificativo o integrativo, lo statuto negoziale, in funzione di garanzia del giusto equilibrio degli opposti interessi … a maggior ragione deve ora riconoscersi che un siffatto originario equilibrio del rapporto obbligatorio, in coerenza a quel principio, debba essere mantenuto fermo in ogni successiva fase, anche giudiziale, dello stesso … e non possa quindi essere alterato, ad iniziativa del creditore, in danno del debitore». In questo contesto «*la disarticolazione, da parte del creditore, dell'unità sostanziale del rapporto … si risolve automaticamente anche in abuso dello stesso*».

Secondo la proposta ricostruttiva l'arricchimento ingiustificato sarebbe alla base di tutte le previsioni tipiche di atti leciti dannosi ed esso, in mancanza di un'esplicita norma regolante il conflitto, potrebbe essere invocato quale principio generale idoneo su cui fondare l'obbligo di riequilibrio delle posizioni in contrasto (attraverso l'*actio de in rem verso*). Con esso cadrebbe dunque ogni questione di tipicità della tutela dei diritti a fronte di atti leciti dannosi.

A sostegno della tesi si adduce il comune fondamento etico, ricavabile nella *giustizia sostanziale*, della tutela per il danno causato da atto lecito e dell'azione di arricchimento. Questa infatti «*soprattutto mira ad evitare l'impoverimento del danneggiato*»[107] e trova il suo fondamento «*nella esigenza di riparare uno squilibrio che si è manifestato senza adeguato fondamento di giustizia*»[108]. Anche le obbligazioni restitutorie apportano infatti «*il contributo di un precetto morale che traduce un'idea primigenia del diritto:* suum cuique tribuere»[109].

Chiara è la distanza di tale impostazione rispetto ad una lettura in chiave di responsabilità civile o di abuso del diritto. Con l'arricchimento non si giungerebbe infatti a risarcire un danno ma di privare di effetti uno spostamento patrimoniale *sine causa.*

Questa costruzione, che pure tenta di trovare una risposta alle istanze di tutela generate dall'atto lecito dannoso, si presta ad una molteplicità di obiezioni.

Una prima attiene al piano teorico, laddove non si rinviene il chiarimento perché l'esercizio di un diritto non possa dirsi ido-

---

[107] Così A. TRABUCCHI, *Arricchimento*, in *Enc. dir.*, Milano, III, 1968, 64 ss. e spec. 69; P. BODDA, *Arricchimento (diritto amministrativo)*, in *Nss. Dig. it.*, Torino, 1958; P. SCHLESINGER, *Arricchimento (azione di)*, in *Nss. Dig. it.*, Torino, 1968; P. TRIMARCHI, *L'arricchimento senza causa*, Milano, 1962; U. BRECCIA, *L'arricchimento senza causa*, in *Trattato di diritto privato diretto da Pietro Rescigno*, IX, *Obbligazioni e contratti*, Torino, 1984, 837 ss.; S. DI PAOLA. R. PARDOLESI, *Arricchimento (azione di)*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988, 159 ss.; P. GALLO, *Arricchimento senza causa e quasi contratti (i rimedi restitutori)* in *Trattato di diritto civile diretto da Rodolfo Sacco*, Torino, 1996.

[108] A. TRABUCCHI, *Arricchimento*, cit., 67.

[109] A. ALBANESE, *Fatti e atti fonti di obbligazione*, Torino, 2005, 107.

nea causa giustificatrice dell'arricchimento di un soggetto a danno di un altro[110].

Altre obiezioni attengono riguardano poi le ricadute applicative: e qui, una prima riguarda l'ambito di operatività dell'arricchimento. Non in tutte le ipotesi c.d. responsabilità da atto lecito ricorrono infatti gli elementi fondanti l'azione di arricchimento: in particolare, solo in alcune ipotesi la lesione della sfera del danneggiato corrisponde all'arricchimento del danneggiante (inseguimento di animali, servitù coattive, espropriazioni, requisizioni ecc.).

Una seconda riguarda i limiti del contenuto dell'azione restitutoria. L'azione *ex* 2041 è infatti correlata non solo all'impoverimento di una sfera giuridica, ma è altresì limitata all'arricchimento dell'altra, inteso questo in senso strettamente patrimoniale. La perdita di corrispondenza tra riparazione e danno appare tuttavia priva di giustificazione proprio su quel piano equitativo su cui si vorrebbe collocare l'applicazione dell'arricchimento senza causa alla c.d. responsabilità da atto lecito. E ciò soprattutto laddove ad avvantaggiarsi del danno è la collettività, spesso attraverso benefici non quantificabili economicamente e dunque non idonei a fondare l'azione di arricchimento.

13. *Suggestioni d'insieme per una rilettura della responsabilità da atto lecito della p.a.*

Dall'esame che in queste pagine si è tentato dei principali percorsi della dottrina privatistica in merito all'atto lecito dannoso è emersa una linea di fondo prevalente e caratterizzante: la percezione di esso come problema e come problema non relativo all'interpretazione di specifiche ipotesi ma come problema generale.

Tale percezione si lega al rifiuto dell'idea, di matrice positivista, che la disciplina apprestata dalla legge per comporre gli in-

---

[110] Rappresenta l'esercizio del diritto quale causa di giustificazione P. SCHLESINGER, *Arricchimento (azione di)*, cit., 1009.

teressi attraverso la previsione di diritti e doveri sia idonea ad evitare che l'esercizio del diritto di un soggetto possa riflettersi nella lesione (giuridicamente rilevante) del diritto di un altro soggetto.

L'alto grado di conflittualità dei diritti, la frequente aggressione dei diritti della persona nell'ambito di attività nuove e lecite che presentano profili talora inediti di rischio (si pensi agli odierni conflitti tra evoluzione tecnologica e diritti alla riservatezza e alla salute che il principio di precauzione riesce solo in parte a prevenire) e il continuo emergere di nuovi valori elevati, in un clima di più spiccate sensibilità giuridiche e culturali, a diritti, contribuisce, sul piano sociologico, alla crisi di un sistema ordinato, di relazioni composte a monte dalla legge.

Di qui l'emergere, anche sul piano statistico, del danno legato al conflitto tra diritti e, nel silenzio della legge, il prevalente inquadramento della questione nell'ambito di una responsabilità civile ormai concettualmente ancorata non più alla sanzione del comportamento antigiuridico ma alla riparazione del danno ingiusto e cioè della lesione di un interesse meritevole di tutela, a prescindere dall'antiguridicità o meno della condotta del danneggiante.

Anzi, di fronte a questo contrasto, ciò che emerge è la ridefinizione del confine del lecito, che sembra delinearsi in concreto, con riguardo alla dinamica degli interessi in gioco, piuttosto che avendo riguardo alle astratte composizioni normative.

Si afferma così l'idea che l'esercizio di un diritto (così come l'adempimento di un dovere) di per sé non giustifichi la lesione degli altrui interessi e che, dunque, tale lesione, laddove emerga come meritevole di tutela, generi un obbligo risarcitorio. E ciò che sfuma in tale vicenda è il confine tra lecito e illecito e, a monte, la stessa rilevanza della questione[111].

---

[111] Così ad es. osserva C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, 20 (ove non si rinviene una specifica trattazione del tema della responsabilità da atto lecito) che «*la lesione di diritti altrui, se tale è veramente, non può non essere antigiuridica*» aggiungendo tuttavia che «*semmai, antigiuridica non è, quando si accompa-*

Parlare in tali ipotesi di illiceità poiché la lesione di interessi meritevoli di tutela non può essere compresa nell'ambito dei poteri riconosciuti dall'ordinamento o affermare un principio di responsabilità per atto lecito o, ancora, parlare semplicemente di responsabilità civile intesa come comprendente il lecito e l'illecito costituiscono, dunque, mere varianti lessicali su un tema comune e condiviso: il riconoscimento dell'ingiustizia del danno in presenza di una lesione che, alla luce di un concreto bilanciamento degli interessi in conflitto condotto alla stregua dell'ordinamento giuridico, appaia intollerabile.

È chiaro tuttavia che le diverse opzioni teoriche non sono prive di implicazioni pratiche: l'ingiustizia del danno di per sé sola potrebbe non giustificare, ove si riconduca l'atto lecito dannoso all'illecito e si faccia in questi termini applicazione dell'art. 2043 c.c., l'imputazione della responsabilità, dovendo sussistere, oltre ovviamente al nesso di causalità, anche la colpa, o altro criterio di imputazione (come potrebbe essere, per le attività complesse o per quelle pericolose, il rischio, nella costruzione proposta dal Trimarchi ed avvalorata dal Rodotà; ovvero il riferimento al *cheapest cost avoider-best decider* del Calabresi). Anche se, rispetto alla necessaria fondazione colpevolistica dell'obbligo risarcitorio, sancita dalla norma e tutt'ora declamata nella teoria e nella pratica applicativa, occorre considerare l'approccio pragmatico della giurisprudenza che ne relativizza quando non ne supera di fatto la rilevanza attraverso finzioni giuridiche (quali presunzioni e inversioni probatorie), come ricorda da più parti Castronovo nel rappresentare il diaframma tra norma, linguaggio e realtà del nostro sistema di responsabilità civile[112].

L'*impasse* della colpa (o di rinvenire un altro criterio d'imputazione) è invece superata nelle letture che, pur includendo la

---

gna ad un elemento di ulteriore in grado di giustificarla», e aprendo così uno spazio problematico al conflitto tra diritti da più parti denunciato (v. per tutti, U. NATOLI, *Conflitto di diritti*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, III, Torino, 1988, 447 ss.) che le riflessioni sulla responsabilità da atto lecito tentano, pur in chiave negatoria, di chiarire.

[112] C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., 284-285.

vicenda dell'atto lecito dannoso nella responsabilità civile unitariamente intesa, ne conservano le specificità, sottolineando in particolare la delicatezza del bilanciamento degli interessi: nelle ipotesi in cui l'attività lesiva costituisce la «*coerente e corretta*» esplicazione di un potere o di un dovere – si avverte – «*il conflitto aquiliano raggiunge l'apice della sua problematicità*»[113], ed è richiesto un particolare riguardo non solo nei confronti della concretezza del conflitto ma anche del sistema e della giuridicità dello *standard* valutativo adottato dall'interprete.

Dunque, nello scarto tra prospettazioni teoriche e realtà operativa, ciò che sembra potersi senz'altro cogliere dal dibattito della civilistica e a prescindere dalle diverse impostazioni è, da un lato, una visione della responsabilità civile non limitata all'illecito tradizionalmente inteso e, nel contempo, una lettura funzionale della vicenda odierna del danno nella prospettiva della comparazione, in concreto, degli interessi in conflitto[114].

È questa un'impostazione che sembra peraltro imporre una prospettazione unitaria del problema della responsabilità per atto lecito, sia esso causato da privati sia esso causato dalla pubblica amministrazione nell'esercizio delle sue funzioni pubbliche. È chiaro infatti che il paradigma del potere pubblico (e il connesso dogma dell'affievolimento dei diritti) non è in grado, e senz'altro non lo è più dopo la Cass. n. 500/99 e ancor più dopo l'esclusione della pregiudizialità dell'annullamento del provvedimento illegittimo, di schermare l'amministrazione dalle regole comuni della responsabilità civile.

Ciò impone una revisione del tradizionale modo di impostare la responsabilità da atto non antigiuridico nel diritto pubblico che, come si è visto, è ad oggi concepita come un istituto speciale, fondato su principi speciali pubblicistici e sulla retorica del potere e dell'interesse pubblico. E ciò soprattutto in una presa d'atto di muovere, secondo la lezione della moderna civili-

---

[113] V. SCALISI, *Ingiustizia del danno e analitica della responsabilità civile*, cit., 54.
[114] T.V. RUSSO, *La responsabilità da atto lecito dannoso*, cit., 654.

stica, dagli interessi in gioco e dalla loro meritevolezza di tutela; e senza trascurare la maggiore ricchezza di prespettive (e di limiti) che emergono nel diritto pubblico in connessione con il carattere funzionale dell'autonomia dell'amministrazione[115].

È questa una lezione antidogmatica e antiformalista che, di là dalle nozioni e contro le difficoltà di ordine classificatorio, insiste oggi sulla necessità di rivedere le questioni di tutela in chiave di *rimedi*, riconducendo la responsabilità civile ad una prospettiva, per l'appunto, rimediale. E consegnandola così ad un approccio che consente, attraverso il bilanciamento degli interessi condotto nella prospettiva dell'ordinamento giuridico[116], di «*travalicare gli steccati tradizionali degli istituti e la rigida concezione ontologica delle categorie giuridiche proprie del formalismo mediante l'attenzione agli effetti delle azioni individuali*» e di «*instaurare un dialogo costante tra posizioni sostantive e mezzi di tutela*», senza tuttavia legittimare *approcci unilaterali né tantomeno empiristici*, né soppiantare l'oggettività delle norme[117].

---

[115] Nel diritto pubblico, come si vedrà, rispetto agl atti leciti dannosi sembra infatti emergere, sotto la soglia della responsabilità da atto lecito, un principio di compensazione enucleabile dai doveri funzionali dell'amministrazione e dalla sottoposizione della sua autonomia ai principi che garantiscono tale funzionalità e che oggi si arricchiscono dei doveri di rispetto dell'altrui sfera, quali la correttezza, il non abuso, la buona fede, la proporzionalità. Su tali principi v. ALB. ROMANO, *Conclusioni. Autoritarietà, consenso e ordinamento generale*, cit.

[116] Denuncia il rischio di consegnare l'ingiustizia al bilanciamento e cioè ad un criterio d'indole equitativa, che lascia un eccessivo spazio al giudice-interprete, S. MAZZAMUTO, *Spunti in tema di danno ingiusto e di danno meramente patrimoniale*, cit., 349 ss.

[117] Così S. MAZZAMUTO, *La nozione di rimedio nel diritto continentale*, cit., 585 ss.

PARTE TERZA

LA PRATICA DEI DIRITTI

PREMESSA

Quando nella responsabilità da atto lecito dalla teoria si passa a verificarne le ricadute applicative e, *in primis*, la stessa possibilità di tradurre la teoria in pratica, si nota, da parte della dottrina pubblicistica, una comune impostazione. Che sempre più frequentemente muove dalle ipotesi tipiche previste dalla legge e procede evidenziando il progressivo espandersi della tutela indennitaria, ad ipotizzare un principio da applicarsi anche ai casi non previsti[1].

Per tale principio si cercano fondamenti normativi più immediati, che si rinvengono innanzitutto nell'art. 42 Cost. e nell'art. 46 della l. 25 maggio 1865, n. 2359 (ed ora dall'art. 44, d.P.R. 327/2001)[2], dei quali si auspica un'interpretazione estensiva a coprire tutti i sacrifici imposti alla sfera patrimoniale degli individui per il perseguimento di fini pubblici. Si evocano poi, i principi di legalità, solidarietà e, sulla scia dell'esperienza francese, di uguale distribuzione dei carichi pubblici. Il tentativo, tuttavia, si scontra con una giurisprudenza di opposto avviso che, nell'elaborare la nozione di espropriazione sostanziale, non è andata oltre la sua applicazione ai vincoli a tempo indeterminato riguardanti beni non sottoposti a tutele differenziate e non riconducibili ai poteri urbanistici di conformazione del diritto.

La tutela degli interessi non patrimoniali appare invece un problema tutto sommato risolto: le note sentenze della Corte costituzionale del 1992 sul necessario indennizzo (da parte del legi-

---

[1] Per una recente ricognizione di tali ipotesi v. A. CRISMANI, *Le indennità nel diritto amministrativo*, cit., 34 ss.

[2] Che prevedono la riparazione dei danni conseguenti ad opere pubbliche

slatore) dei danni derivanti dalle vaccinazioni obbligatorie[3] sono normalmente ritenute il fondamento di un principio generale di carattere indennitario immediatamente applicabile nei confronti del legislatore.

Proseguendo nella fotografia del sistema può poi rilevarsi come la previsione generale dell'indennizzo nelle ipotesi di revoca dei provvedimenti sembri aver sancito in via generale la responsabilità da atto lecito (pur fondata sul legittimo affidamento) per tutta l'attività di perseguimento di interessi pubblici di secondo grado: di qui l'incombente espansione del principio anche all'attività di primo grado.

Il principio sarebbe alle porte: affermato, sebbene poi negato ma preconizzato dalla giurisprudenza dell'Unione europea, vivente in alcuni dei principali ordinamenti europei (Francia, Spagna, Germania), presente nel dibattito anche dei paesi anglosassoni[4].

Ma se, nelle riflessioni sul tema, l'esito di generalizzazione del principio sembra ormai sentito come un sicuro approdo del sistema, frutto, al fondo, di una maturata civiltà giuridica, non chiarissima è la natura di tale principio e, dunque, la sua portata: se cioè esso costituisca un principio di indole pubblicistica, di quale natura e secondo quali regole disciplinato, ovvero se esso non debba ricondursi, secondo la linea che ci appare più convincente, alla responsabilità civile in generale, alle sue regole, alle sue norme e ai suoi principi. Neppure è chiaro quali siano le coordinate di tale opzione, normalmente fondata sul generale richiamo dei principi costituzionali.

Sciogliere il dubbio è fondamentale, poiché dalla sua soluzione dipende la portata della garanzia che può ricondursi alla responsabilità da atto lecito e, cioè, se essa consista in una tutela (depotenziata) del «diritto» (o forse, in questa visione, dell'interesse legittimo) definita (soprattutto nel suo *quantum*) dalla

---

[3] Su cui v. Capitolo II.

[4] Per tutti, questi aspetti, v. Parte I, Capitolo II, § 5.

scelta *discrezionale* del legislatore o dall'amministrazione attraverso il bilanciamento di tale tutela rispetto ad interessi pubblici superiori (essenzialmente: il contenimento della spesa pubblica); o se essa non esprima piuttosto un nuovo limite, di ordinamento generale, al potere, una manifestazione della tutela cioè dei diritti, recuperati, in questa loro proiezione di pretesa riparatoria, ad una posizione paritetica con il potere pubblico – che pure per altri versi essi subiscono, sacrificati, nella loro essenza, per la realizzazione dei prevalenti interessi generali della collettività[5].

È chiaro che si tratta di uno snodo di centrale importanza per il tema in esame, innanzitutto per le evidenziate implicazioni applicative ma anche per le sue incidenze sul modo di essere della legalità dell'amministrazione.

Nella definizione del nostro sistema di responsabilità pubbliche verso una nuova legalità un contributo decisivo sul piano della immediata precettività proviene indubbiamente dalla Cedu. La quale, come si vedrà, non solo contribuisce all'estensione dell'obbligo dello Stato di riparare le lesioni dei diritti causati nell'esercizio delle proprie prerogative, ma determina anche qualitativamente il tipo di tutela. E, senza imporre qualificazioni giuridiche, rimesse, nel loro *nomen*, alla scelta degli ordinamenti, giunge a delineare uno *standard* di riparazione integrale dei diritti lesi[6].

In questo quadro, nei capitoli che seguono, si esamineranno tali evoluzioni avendo riguardo distintamente al ristoro degli in-

---

[5] Per le coordinate concettuali di un simile inquadramento, ALB. ROMANO, *Interesse legittimo e ordinamento amministrativo*, in *Atti del convegno celebrativo del 150° anniversario della istituzione del Consiglio di Stato*, Milano, 1983, 95 ss.; ID., *Autonomia nel diritto pubblico*, in *Dig. disc. pubbl.*, II, Torino, 1987, 30 ss.; ID., *Il cittadino e la pubblica amministrazione*, in *Il diritto amministrativo degli anni '80, Atti del XXX Convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, Milano, 1987, 155; ID., *Amministrazione, principio di legalità e ordinamenti giuridici*, cit., 111 ss.; ID., *Introduzione*, cit.

[6] Sulla pluralità di ordinamenti in cui si iscrive oggi il diritto amministrativo nazionale, v. S. CASSESE, *Le trasformazioni del diritto amministrativo dal XIX al XXI secolo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2002, 27 ss.

teressi patrimoniali e degli interessi non patrimoniali. La scelta di questa distinzione non deriva da ragioni di sistema, ma essenzialmente da ragioni di ordine espositivo legate alla diversa evoluzione che sul piano storico si è avuta nei due campi della responsabilità dell'amministrazione. E ciò in consonanza con l'evoluzione generale dell'ordinamento che, muovendo da una concezione patrimonialistica della responsabilità civile, si è solo di recente aperto ad una esplicita e generale estensione della tutela risarcitoria anche agli interessi non patrimoniali[7].

[7] Su tale punto si rinvia, in questa Parte III al prossimo Capitolo II.

CAPITOLO PRIMO

RESPONSABILITÀ DA ATTO LECITO E LESIONE DI INTERESSI PATRIMONIALI

1. *L'espropriazione e il suo ambito. Considerazioni critiche a proposito di vincoli e conformazione della proprietà nel diritto interno*

Come si è visto, le prime previsioni di ristoro dei pregiudizi subiti dai privati in corrispondenza della legittima esplicazione delle funzioni pubbliche si rinvengono nella disciplina degli espropri, e riguardano sia la privazione della proprietà sia i danni cagionati dalla corretta realizzazione dell'opera pubblica alle proprietà limitrofe, non espropriate[1].

---

[1] Delle espropriazioni si dirà nel testo. Quanto agli ulteriori danni derivanti dall'opera pubblica, la cui riparazione è stata prevista sin dall'art. 46 della l. 25 maggio 1865, n. 2359 (ed ora dall'art. 44, d.P.R. 327/2001), come si è visto (v. Parte II, Capitolo I), sono stati immediatamente ricondotti alla responsabilità per i danni causati legittimamente e al principio di giustizia distributiva (G. SABBATINI, *Leggi sulla Espropriazione per causa di pubblica utilità e su risanamento*, Torino, 1890; G. ZANOBINI,

Sono, queste, vicende ben note che attestano in generale (e cioè non solo rispetto al diritto di proprietà) la parabola della tutela «indennitaria» (cioè dei ristori dei danni cagionati nell'esercizio di attività legittime) e il progressivo abbandono di una logica fondata sull'idea che il fine pubblico possa giustificare sacrifici non compensati o, laddove previste dalla legge, compensazioni fondate sull'equità (ma nei fatti irrisorie) delle posizioni dei cittadini: posizioni peraltro, a fronte della vulgata della degradazione e dell'affievolimento, non ben chiaramente connotate tra diritto soggettivo, interesse legittimo e interesse di mero fatto[2]. Tali vicende mostrano poi il susseguirsi, negli attuali percorsi, di una logica riparatoria che, secondo le spinte sovranazionali, muove non dal potere ma dall'interesse leso e dalla sua meritevolezza di tutela; e che, in questa prospettiva, supera teorizzazioni e dogmi, come quello dell'irresponsabilità del legislatore,

---

Corso di diritto amministrativo, Milano, 1945, IV); di essi la giurisprudenza ha fatto applicazione a varie tipologie di danni: ai rumori ed esalazioni derivanti da svincoli e opere stradali (Cass., 2 aprile 2001, n. 4790), alla perdita di luce, immissioni di rumori, vibrazioni derivanti dalla costruzione di un viadotto autostradale (Cass., sez. II, 9 marzo 1988, n. 2366); alla costruzione di un viadotto, per la svalutazione dell'immobile sottostante, l'impossibilità di effettuare sopraelevazioni, per il pericolo derivante dalla caduta di oggetti o veicoli (Cass., sez. I, 25 settembre 1990, n. 9693); agli ostacoli all'accesso alla via pubblica (Cass., 24 dicembre 1990, n. 12146); al pregiudizio all'irrigazione di un fondo agricolo (Cass., 22 gennaio 1993, n. 778); alla limitata accessibilità ai fabbricati e alla ridotta commerciabilità degli appartamenti (Cass. 12 dicembre 1996 n. 11080); alla sopraggiunta interclusione del fondo (Cass., 24 aprile 1997, n. 3614); alle ingerenze nella colonna di spazio sovrastante il fondo idonee a recare pregiudizio, derivanti dalla costruzione di viadotti stradali (Cass., 26 febbraio 1999, n. 104); all'invasione dello spazio aereo in verticale del fabbricato con diminuzione del valore dell'immobile (Cass., S.U., 11 giugno 2003, n. 934); alla sopraelevazione del livello del fondo confinante con conseguente perdita della funzione protettiva del muro di cinta (Cass., 20 dicembre 1999, n. 14312); per un esame della casistica v. M. MACCHIA, *Commento all'art. 44 (indennità per l'imposizione di servitù)* in *Commentario. La nuova disciplina dell'Espropriazione*, a cura di F. Piterà, Torino, 2004, 333 e ID., *L'espropriazione per pubblica utilità, Commento al testo unico emanato con il decreto del Presidente della Repubblica 8.6.2001, n. 327 come modificato dal d.lgs. 302/2002*, a cura di F. Caringella, G. De Marzo, R. De Nictolis, L. Maruotti, Milano, 2003, 701.

[2] Per un inquadramento di queste letture, per tutti, si v. F.G. SCOCA, *Contributo alla figura dell'interesse legittimo*, Milano, 1990.

tutt'ora frapposti come ostacoli insormontabili alla tutela dei diritti, in un solo formale ossequio ad un impianto concettuale che, all'opposto, ha storicamente consentito l'affermazione dello Stato di diritto e non la sua limitazione[3].

Nell'analisi che ci si accinge a svolgere non è rilevante, dunque, la natura del procedimento d'esproprio, se essa possa cioè qualificarsi come un'alienazione forzata, un trasferimento coattivo, o una vicenda più complessa articolata in provvedimento ablatorio, di estinzione di un diritto reale su un bene, e di costituzione di un nuovo diritto sul medesimo bene[4]. Né rileva se essa possa rientrare astrattamente nel concetto di responsabilità per atto lecito e neppure se all'indennità possa attribuirsi, muovendo dal punto di vista teorico, una valenza compensativa, corrispettiva o riparatoria. Qui la vicenda espropriativa sarà infatti esplorata nei suoi rapporti con i diritti su cui incide e muovendo da essi, seguendo la logica interpretativa antiformalista imposta dalle Corti sovranazionali[5] e a cui oggi cominciano ad accostarsi anche le nostre Corti interne[6].

---

[3] Per questi percorsi di sistema, v. ALB. ROMANO, *Giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa dopo la legge n. 205 del 2000 (Epitaffio per un sistema)*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 602; ID., *Amministrazione, principio di legalità e ordinamenti giuridici*, cit.; per un'analisi critica di tale impianto, in una prospettiva storica, v. B. SORDI, *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale*, cit., *passim.*

[4] Per cui si v. M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1970, II, 1205 ss.; A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 825 ss.

[5] Sul punto v. § 2.

[6] A tale proposito si v., a titolo di esempio, la sentenza n. 181/2011 con cui la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della determinazione dell'indennità di espropriazione (operata dall'art. 40, co. 2 e 3 d.P.R. n. 327/2011 attraverso il rinvio all'art. 5-*bis*, co. 4, d.l. n. 333/92 e degli artt. 15, co. 1 e 16, co. 5 e 6, l. n. 865 /71) per le aree agricole e per le aree non suscettibili di classificazione edificatoria, *ritenendo illegittimo il criterio astratto di determinazione dell'indennizzo, costituito dal valore agricolo medio della coltura in atto o di quella più redditizia nella regione agraria di appartenenza dell'area da espropriare*, e ciò per contrasto con l'art. 117, co. 1, Cost., in relazione all'art. 1 del Prot. 1 CEDU, nell'interpretazione datane dalla Corte di Strasburgo, e con l'art. 42, co. 3, Cost.; su tali interferenze, G. DELLA CANANEA, *I fattori sovranazionali e internazionali di convergenza e di integrazione*, in AA.VV., *Diritto amministrativo comparato*, a cura di G. Napolitano, Milano, 2007, 325 ss.

È nota la vicenda espropriativa che, ai nostri fini, acquisisce una particolare rilevanza non solo in quanto generalmente assunta a paradigma della responsabilità da atto lecito[7] ma anche perché ha a suo referente un interesse, la proprietà, riconosciuto e tutelato come diritto individuale sin dalle costituzioni ottocentesche e che, dopo una stagione tesa ad affermarne il carattere non primario e pur apparendo privo di una garanzia costituzionale di contenuto minimo[8] e, dunque, dovendo la sua estensione alle specifiche conformazioni legislative preordinate ad assicurarne la funzione sociale[9], è oggi, per mano della Corte europea

[7] Ma si v. la radicale critica di M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., che nelle postille bibliografiche al paragrafo del suo manuale sull'espropriazione osserva recisamente: «*Quanto poi alla responsabilità per atti legittimi, trattasi di una nozione spuria, su cui però non ci possiamo qui intrattenere*». E non darà alcuna indicazione bibliografica in merito alle opere, pur molte e di autorevoli studiosi, che avevano avvicinato espropriazione e responsabilità da atto lecito. Sul punto si rinvia all'indagine svolta nel Capitolo I, Parte II.

[8] Per tutti A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano, 1995, VIII, 2, 21 ss., il quale peraltro ritiene «*oscura la ragione della decostituzionalizzazione della garanzia della proprietà privata*» e contesta l'immagine di una Corte costituzionale «*guardiana della proprietà privata*», rilevando come di fatto la Corte, di là da alcune eccezioni (come nel caso dell'ammontare dell'indennità di esproprio e dei vincoli di inedificabilità a tempo indeterminato), «*ha seguito, in linea di massima, il criterio di non intromettersi nelle valutazioni compiute dal legislatore*» (*Ibid*., 103). Per una diversa impostazione, v. M.S. GIANNINI, *Le basi costituzionali della proprietà privata*, in *Pol. dir.*, 1971, 475 ss. ed ora in *Scritti*, VI, Milano, 2005; P. STELLA RICHTER, *Diritto Urbanistico (manuale breve)*, Milano, 2010, 70; da ultimo, S. RODOTÀ, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*, cit., 273 ss.; sulla questione del contenuto minimo del diritto di proprietà si v. P. STELLA RICHTER, *Proprietà immobiliare e pianificazione urbanistica*, in *Scritti in memoria di Franco Piga*, Milano, 1992 e ora in *Ripensare la disciplina urbanistica*, Torino, 1997, 70; A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, cit., 62; A. MOSCARINI, *Proprietà privata e tradizioni costituzionali comuni*, Milano, 2006, 225 ss. cui si rimanda per ogni ulteriore indicazione.

[9] Per la prospettiva della funzionalizzazione degli statuti proprietari, per tutti, nel diritto pubblico, v. A. PREDIERI, *Urbanistica, tutela del paesaggio, espropriazione*, Milano, 1969 e, nel diritto privato, E. FINZI, *Diritto di proprietà e disciplina della produzione*, in *Riv. dir. priv.*, 1936, 1 ss. Come ricorda A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, cit., 56, l'idea di collegare il concetto di funzione sociale alla disciplina delle cose in ragione del loro rilievo sociale fu subito criticata da F. PUGLIATTI, *Interesse pubblico e in-*

dei diritti dell'uomo, tornato ad avere, quale «diritto dell'uomo», un rango e un valore primari[10]. È una rinnovata forza di resistenza anche rispetto ai fini generali perseguiti dal potere pubblico e alle regolamentazioni legislative. Esso dunque delinea, sul piano di quegli ordinamenti sovranazionali ormai inseriti nel nostro sistema delle fonti[11], il paradigma minimo della tutela dei diritti, che tali possano considerarsi, innanzi al potere pubblico.

La nota parabola dell'applicazione della garanzia costituzionale dell'espropriazione alle limitazioni o ablazioni di singole facoltà dominicali o all'imposizione di vincoli (non temporanei) all'utilizzazione edilizia dei suoli[12], nell'estendere la nozione di

---

teresse privato nel diritto di proprietà, in *Atti del primo convegno nazionale di diritto agrario*, Firenze, 1935, 158, notando curiosamente come «*Gli scrittori di diritto amministrativo per solito citano Pugliatti e seguono Finzi*» (*Ibid.*).

[10] Sul ruolo degli ordinamenti sovranazionali rispetto alla proprietà v., per tutti, F. MANGANARO, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto di proprietà*, in *Dir. amm.*, 2008, 379; A. MOSCARINI, *Proprietà privata e tradizioni costituzionali comuni*, cit.; M.L. PADELLETTI, *La tutela della proprietà nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Milano, 2003; G. MORBIDELLI, *Corte costituzionale e corti europee: la tutela dei diritti (dal punto di vista della Corte del Lussemburgo)*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 290; S. BONATTI, S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Proprietà immobiliare (vincoli e limiti)* in *Trattato di Diritto amministrativo europeo* diretto da M.P. Chiti e G. Greco, III, 2007, 1555 ss.

[11] Si rinvia per cenni di base sulla questione alla premessa al Capitolo II, Parte I.

[12] Per cui v. la nota sent. 55/68 che ha affermato la natura espropriativa dei vincoli di inedificabilità assoluta in via definitiva o a tempo indeterminato. La sentenza suscitò notevoli e vivaci polemiche. In toni di accesa critica rispetto all'opzione interpretativa v. M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., II, 1250, il quale rigetta radicalmente la sottesa nozione di espropriazione sostanziale: «*la questione delle pretese espropriazioni anomale larvate è quindi scientificamente inesistente … le supposte espropriazioni anomale o sono provvedimenti ablatori di altro tipo, o sono, più semplicemente, provvedimenti conformativi del diritto di proprietà*» (*Ibid.*, 1213) rilevando come le discipline conformative sono «*costituzionalmente legittime, appunto perché la costituzione garantisce la proprietà attraverso la riserva (relativa) di legge, e non garantisce né contenuti minimi, né godimenti essenziali, né altro*» (*Ibid.*, 1212) e concludendo icasticamente: «*Con buona pace dell'ambigua sentenza n. 55 del 1968 questo non può essere una speciale indennità di espropriazione, perché qui siamo totalmente fuori dal modello dell'espropriazione*» (*Ibid.*, 1214). Nel medesimo senso di critica rispetto alla tesi dell'inclusione dello *ius aedificandi* tra le facoltà dominicali e alla configurazione di corrispondenti limiti al potere conformativo, v. S. RODOTÀ, *Il terribile diritto*, cit., secondo cui «*con la sentenza n. 55, dunque, viene avviata una trasformazione del sistema costi-*

esproprio a situazioni non effettivamente espropriative[13], offre un esempio della valenza paradigmatica assunta dal modello. Il quale, attraverso la nozione di espropriazione sostanziale[14], è stato progressivamente esportato dalla Corte Costituzionale alla c.d. espropriazione indiretta, non traslativa, a coprire i vincoli non temporanei di inedificabilità preordinati all'esproprio e quelli «sostanzialmente espropriativi», aventi cioè come effetto pratico quello di privare taluno a titolo particolare di una utilità riconosciuta e garantita dall'ordinamento come inerente al diritto di proprietà[15].

---

tuzionale che implica l'integrale riscrittura di alcune sue norme e il rovesciamento della logica che … aveva presieduto al lavoro dell'Assemblea costituente» (*Ibid.*, 355); per un recente punto della situazione si v. gli Atti del convegno *Trent'anni dopo: l'impatto delle sentenze della Corte Costituzionale n. 55 e 56 del 1968 sull'evoluzione successiva dell'ordinamento giuridico e dell'urbanistica*, Roma, 29.4.1998, in *Riv. giur. ed.*, 1999, 255 ss. Per un generale inquadramento della questione, v. P. STELLA RICHTER, *Profili funzionali dell'urbanistica*, Milano, 1984, 105 e 131 e ss.

[13] Così, a proposito della sent. n. 6/1966 riguardante l'imposizione di servitù militari. Prosegue anche qui la critica di Giannini che, anche a questo riguardo, osserverà come la Corte «*ha detto che l'art. 42³ Cost., là dove parla di espropriazione, deve intendersi come se dicesse 'espropriazione e provvedimenti ablatori costitutivi di diritti reali' in quanto questi altri atti avrebbero pur sempre 'natura espropriativa'; e avendo tale natura, comporterebbero l'indennità*», giudicando seccamente tale ragionamento «*inutile, ma anche errato: il significato del 2° c. dell'art. 42 … non attiene che alle espropriazioni*» (M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., II, 1250) e riconducendo il principio di onerosità dell'*acquisto* dei diritti reali ad un principio generale non scritto di Costituzione materiale.

[14] V. CERULLI IRELLI, *Espropriazione per pubblico interesse: problemi di determinazione della disciplina vigente*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1974, 534 ss.; al riguardo si v. anche la sentenza della Corte cost. n. 20/1967, in materia di cave e torbiere, che prevede una di quelle ipotesi che la dottrina qualificò come «espropriazione anomala», su cui v. G. CUGURRA, *Contributo allo studio delle c.d. espropriazioni anomale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1969, 577.

[15] V. rispettivamente le citate sent. della C. cost. nn. 55/1968 sul carattere necessariamente temporaneo dei vincoli di inedificabilità dei suoli urbani (poi confermata dalla sent. n. 92/82) e 6/1966 riguardante l'imposizione di servitù militari. Per la chiara rappresentazione del quadro, secondo una visione evidentemente adesiva a quella della Corte Costituzionale, A.M. SANDULLI, *Manuale*, cit., II, 825 ss., ID., *Natura ed effetti dell'imposizione di vincoli paesistici*, in *Centro italiano di studi amministrativi - Sezione ligure. Atti del convegno di studi giuridici sulla tutela del paesaggio.* Milano, 1963, 87, cui

Tuttavia, la declamata estensione dell'ambito della tutela espropriativa è stata, per altre vie, com'è noto, di fatto svuotata.

In primo luogo la durata temporanea (quinquennale) dei vincoli, prevista dalla l. n. 1187/68 in risposta alla tesi della natura espropriativa dei vincoli non limitati nel tempo, fu immediatamente aggirata da una prassi e da una giurisprudenza che ne ammettevano la reiterazione[16]. E la Corte costituzionale, interrogata su tale questione, se da un lato dichiarava l'illegittimità dell'art. 2, l. n. 1187/68, nella parte in cui consentiva all'amministrazione di reiterare i vincoli urbanistici scaduti, preordinati all'espropriazione o che comportino l'inedificabilità, senza la previsione d'indennizzo, dall'altro allentava la garanzia dell'indennizzo, rimettendo al legislatore di precisare le modalità di attuazione del principio dell'indennizzabilità «*delimitando le utilità economiche suscettibili di ristoro patrimoniale nei confronti della p.a.*» e scegliendo «*tra misure risarcitorie, indennitarie, e anche, in taluni casi, tra misure alternative riparatorie anche in forma specifica, mediante offerta ed assegnazione di altre aree idonee alle esigenze del soggetto che ha diritto ad un ristoro, ovvero mediante altri sistemi compensativi che non penalizzano i soggetti interessati dalle scelte urbanistiche che incidono su beni determinati*»[17].

---

si deve anche la terminologia di «vincoli» per distinguerli dai limiti del diritto di proprietà posti direttamente dalla legge in via generale o per categorie di beni.

[16] Pacificamente ammessa, purché sulla base di una congrua motivazione, sin da Cons. Stato, sez. IV, n. 330/1990; sez. II, 25 maggio 1989, n. 1412/88, in *Riv. giur. ed.*, 1991, 92.

[17] Peraltro si nutrono dubbi anche sullo stesso periodo quinquennale di c.d. franchigia. Perché tale onere deve essere addossato al privato *singulatim* non è ben chiaro né è in qualche modo spiegato dalla Corte, sin dalla sent. n. 55/68 che reputa assiomaticamente tollerabile il vincolo temporaneo. Per tale impostazione si v. C. cost. n. 179/99 secondo cui «*L'obbligo dell'indennizzo opera una volta superato il periodo di durata (tollerabile) fissato dalla legge (periodo di franchigia)… una volta superato il primo periodo di ordinaria durata temporanea (a sua volta preceduto da un periodo di regime di salvaguardia) del vincolo (o di proroga per legge in regime transitorio), quale determinata dal legislatore entro limiti non irragionevoli, come indice della normale sopportabilità del peso gravante in modo particolare sul singolo, qualora non sia intervenuta l'espropriazione ovvero non siano approvati i piani attuativi*».

D'altra parte, allo svuotamento della tutela aveva già provveduto il Consiglio di Stato[18] applicando, in caso di decadenza dei vincoli, gli *standard* minimi di edificabilità previsti dall'art. 4, comma ult., l. n. 10/77, per i Comuni sprovvisti degli strumenti urbanistici generali, e cioè nessun indice per gli interventi di edilizia residenziale ricadenti nei centri abitati (in cui sono consentite soltanto opere di restauro e risanamento conservativo del preesistente), e l'indice di 0,03 mq/mc, all'esterno del perimetro abitato[19]: il che, di fatto, azzerava tanto le facoltà edificatorie quanto gli eventuali indennizzi nell'eventualità di esproprio.

Per converso, del modello espropriativo è stata limitata l'operatività attraverso il concetto di conformazione della proprietà, ad indicare quei casi in cui vi sarebbero non fatti espropriativi ma definizioni generali dello statuto proprietario di particolari categorie di beni e limitazioni amministrative coerenti con tale statuto[20]. Non hanno in questi termini contenuto espropriativo quei vincoli che «*applicano a determinati immobili le conseguenze che derivano da intrinseche qualità oggettive e da condizioni naturali proprie di essi*»[21]. E la notevole espansione che hanno avuto i concetti di conformazione e di limite generale (esteso anche a coprire la conformazione pianificatoria[22]) ha con-

---

[18] Si v. le ad. plen. nn. 7, 10 e 12 del 1984.

[19] Sulla questione, in chiave critica di tale orientamento v. M.A. Sandulli, *Trent'anni dopo: l'impatto delle sentenze della Corte costituzionale n. 55 e 56 del 1968 sull'evoluzione successiva dell'ordinamento giuridico e dell'urbanistica*, in *Riv. giur. ed.*, 1998, 255.

[20] In proposito si v. le note sent. della Corte cost. nn. 56/68 e 106/76 (sul carattere non espropriativo dei vincoli paesistici); 417/1995 (sulle limitazioni imposte al godimento di beni ambientali geologici o ecologici); 202/74, (riguardo ai limiti relativi a beni storico-artistici); 219/74 (per i divieti di caccia di animali selvatici); 529/95 e 419/96 (sulla dichiarazione della pubblicità di tutte le acque superficiali e sotterranee).

[21] Così Corte cost. n. 106/76. Il principio è ribadito da Corte cost. n. 179/99 secondo cui «*non sono indennizzabili i vincoli posti a carico di intere categorie di beni, e tra questi i vincoli urbanistici di tipo conformativo, e i vincoli paesistici*».

[22] Su questa linea si muove anche la Corte di cassazione che dà una nozione amplissima di potere conformativo di piano; secondo la Corte infatti si avrebbe prescrizione conformativa «*quante volte la prescrizione mira ad una zonizzazione ampia del ter-*

dotto ad una situazione di dubbia ragionevolezza e di grossa sperequazione tra proprietari, accentuando da un lato la c.d. rendita dei proprietari delle aree edificabili ed evidenziando, soprattutto nelle ipotesi di c.d. vincolo sopravvenuto (e a fronte di un legittimo affidamento), lo svantaggio di quanti, possedendo un bene vincolato, si trovino a subire un danno non indennizzabile, in vista della realizzazione di esigenze collettive (quali la conservazione e la fruizione del paesaggio e del patrimonio storico-artistico).

Di qui l'orientamento critico di coloro che tentano di affermare la natura non meramente dichiarativa quantomeno di alcuni dei vincoli paesaggistici e storico-artistici, sottolineando come, in presenza di una discrezionalità nell'individuazione del bene e nella definizione del suo regime salti la prospettiva conformativa ed emerga una vicenda espropriativa, come tale sottoposta al principio dell'indennizzo[23]. Di qui, ancora, la denunciata latitanza del legislatore rispetto ad una riforma generale del regime dei suoli che superi a monte i conflitti tra proprietari e collettività bisognosa di spazi infrastrutturali; e l'acuirsi dei problemi perequativi e compensativi nelle politiche di governo del territorio, quali stanza di compensazione di sacrifici e vantaggi distribuiti dall'opera del, o meglio, dei pianificatori e, assieme, dal casuale parallelo definirsi dell'assetto del territorio

---

ritorio, così da incidere su di una generalità di beni, nei confronti di una pluralità indifferenziata di proprietari ed in funzione della destinazione dell'intera zona» Cass., 28 maggio 2004, n.10265; a riguardo, W. GASPARRI, *Il punto logico di partenza*, cit.

[23] Osserva in proposito P. STELLA RICHTER, *A proposito di vincoli a contenuto sostanzialmente espropriativo*, in *Giust. civ.*, 1999, 2597 che «*è a dir poco molto dubbio che tali vincoli possano ricomprendersi tra quelli di cui è consentita la protrazione a tempo indeterminato senza indennizzo. La Corte costituzionale ha subordinato invero tale possibilità alle caratteristiche originarie e intrinseche del bene ed alla natura meramente dichiarativa dell'accertamento del rilevante interesse pubblico insito nel bene. Ora l'attività della Commissione prevista dall'art. 2 della l. n. 1497 del 1939 può ben essere considerata dichiarativa, tenuto anche conto della natura e della composizione della commissione stessa; ma l'attività tipicamente discrezionale dell'adozione di un piano regolatore da parte del consiglio comunale, ch'è organo politico, natura dichiarativa certamente non ha*».

fuori dai piani. Ma tale approccio perequativo, per quanto importante, come si vedrà, per la tutela sia (nella perequazione c.d. endocomparto) della eguaglianza tra proprietari sia (nella perequazione diffusa) di quegli interessi (deboli) che non assurgono al rango di diritti proprietari[24], diviene invece insufficiente ed equivoco qualora dietro la dinamica perequativa vi siano reali vicende espropriative, di fatto indennizzate con monete volumetriche e di cui talora scolora l'effettiva natura, non di rado schiacciata dagli assetti di forza nei contesti dell'urbanistica c.d. «consensuale» o «contrattata»[25].

Dunque, pur nei mutati contesti, emerge la necessità di individuare ed isolare i diritti e di muovere, secondo un percorso inverso, dagli interessi lesi nei processi pianificatori ed espropriativi e, più in generale, lesi dall'azione amministrativa, per individuarne, pur nell'ambito di fenomeni di natura convenzionale, garanzie e strumenti di tutela. Cercando peraltro di superare l'equivoco che tutta la vicenda espropriativa abbia esclusivo riguardo alla proprietà fondiaria, condizionando in tal modo riflessioni teoriche e soluzioni pratiche ad un ruolo di supplenza della mancata riforma generale del regime dei suoli.

L'approccio tradizionale, pubblicistico e dogmatico[26], alla vicenda espropriativa e pianificatoria, che mette in primo piano gli interessi pubblici rispetto a quelli privati soccombenti e che legge la tutela indennitaria in una prospettiva equitativa, di giustizia distributiva, presenta dunque un primo limite riguardante la stessa definizione del suo ambito operativo, a parole comprendente quantomeno la tutela di tutta la proprietà, ma di fatto, in un clima di diffusa tutela di interessi ambientali e paesistici, circoscritta in ambiti assai angusti.

---

[24] Cons. Stato, sez. IV, n. 4545/2010.

[25] Sui limiti dell'effettivo concorso dei cittadini al di fuori dei gruppi organizzati o finanziariamente forti P. STELLA RICHTER *L'urbanistica dopo la pianificazione*, in *Ripensare la disciplina urbanistica*, cit., 78.

[26] Ma per una più moderna impostazione, che pone in assoluto secondo piano le vicende classificatorie, v. D. SORACE, *Espropriazione per pubblica utilità*, cit., 194.

Muovere invece dagli interessi concretamente coinvolti e leggere la vicenda espropriativa in termini di responsabilità consente invece, innanzitutto, di delinearne più schiettamente l'ambito e di mostrare come essa debba rintracciarsi non solo nelle ipotesi, ormai sempre più rare, di ablazioni di beni non sottoposti a tutele differenziate ma che anche in relazione a beni ambientali, paesaggistici e storico-artistici, soprattutto a fronte di vincoli sopravvenuti e in relazione a legittimi affidamenti circa il carattere non vincolato del bene. In tali ipotesi non a caso oggi la legge prevede la possibilità di forme compensative, a tradire la percezione che anche in queste vicende vincolistiche si celino vicende espropriative[27]. E cioè pesi imposti ai diritti di singoli, li-

[27] In materia di vincoli paesistici sopravvenuti e, dunque, con un importante spostamento dell'asse compensativo verso vincoli conformativi non «indennizzabili», si v. l'art. 1, co. 21-24, l. n. 308/2004 ai sensi del quale «*21 Qualora, per effetto di vincoli sopravvenuti, diversi da quelli di natura urbanistica, non sia più esercitabile il diritto di edificare che sia stato già assentito a norma delle vigenti disposizioni, è in facoltà del titolare del diritto chiedere di esercitare lo stesso su altra area del territorio comunale, di cui abbia acquisito la disponibilità a fini edificatori. 22. In caso di accoglimento dell'istanza presentata ai sensi del comma 21, la traslazione del diritto di edificare su area diversa comporta la contestuale cessione al comune, a titolo gratuito, dell'area interessata dal vincolo sopravvenuto. 23. Il comune può approvare le varianti al vigente strumento urbanistico che si rendano necessarie ai fini della traslazione del diritto di edificare di cui al comma 21. 24. L'accoglimento dell'istanza di cui ai commi 21 e 22 non costituisce titolo per richieste di indennizzo, quando, secondo le norme vigenti, il vincolo sopravvenuto non sia indennizzabile. Nei casi in cui, ai sensi della normativa vigente, il titolare del diritto di edificare può richiedere l'indennizzo a causa del vincolo sopravvenuto, la traslazione del diritto di edificare su area diversa, ai sensi dei citati commi 21 e 22, è computata ai fini della determinazione dell'indennizzo eventualmente dovuto*»; sul punto si v. M. RENNA, *Vincoli alla proprietà e diritto dell'ambiente*, in *Ambiente, attività amministrativa e codificazione*, a cura di D. De Carolis, E. Ferrari, A. Police, Milano, 2005, 389. Meno innovativi sul piano dei concetti tradizionali, ma in ogni caso sintomatici di una certa convergenza di percorsi, sono i casi di riconoscimento di utilità al proprietario di terreno gravato da vincoli urbanistici, cui è assicurata – per effetto di alcune norme regionali – in vicende perequative che tuttavia talora sottendono vere e proprie vicende espropriative, una utilità costituita da altre aree edificabili o da crediti compensativi trasferibili; tendenza che affonda le sue radici nella sollecitazione formulata dalla Corte costituzionale nella fondamentale sentenza 179/1999; E. BOSCOLO, *Le Perequazioni e le compensazioni* cit., 38, il quale osserva come «*l'introduzione della com-*

mitativi della loro sfera patrimoniale e preordinati alla realizzazione di esigenze collettive.

È oramai stato posto in evidenza anche nelle riflessioni sui beni comuni che, nella qualifica di bene culturale, ambientale e paesistico, vi siano elementi di natura collettiva che non formano oggetto di proprietà privata e che afferiscono ad un patrimonio comune collettivo, oggetto di conservazione e di fruizione collettiva[28]. Ed è chiaro dunque che la c.d. dichiarazione del vincolo, seppur sul piano classificatorio sia senz'altro *un atto di accertamento*, sul piano effettuale finisca per asservire la proprietà, nella sua dimensione privata, ad un interesse generale.

Dunque, in questi termini, escludere *su un piano astratto e in via generale* ogni tutela, senza valutare in concreto la dinamica della vicenda, sembra opzione non corretta né sul piano del metodo né su quello della legalità del risultato, quantomeno qualora la sopravvenuta apposizione del vincolo leda un legittimo affidamento[29] (poiché, in ipotesi, relativa ad un bene non così intrinsecamente e palesemente appartenente alla categoria sottoposta ad una tutela differenziata[30]). Una simile conclusione appare infatti

---

pensazione quale metodo destinato a prendere il posto dell'espropriazione si configura quindi come un definitivo superamento dell'antica tradizione giuridica italiana e pare far recedere sullo sfondo i contenuti sociali che secondo la Costituzione temperano la pienezza della situazione proprietaria nella frizione tra questi due valori nella legislazione regionale viene infatti la consistenza patrimoniale del diritto proprietario viene assunta in guisa di un valore intangibile, rispetto al quale non sono ammessi bilanciamenti»; sul tema, con particolare riguardo alle esperienze regionali, P. MARZARO GAMBA, *Credito edilizio, compensazione e potere di pianificazione. Il caso della legge veneta*, in *Riv. Giurid. urb.*, 2005, 645.

[28] Sul punto sia consentito il rinvio a P. STELLA RICHTER, E. SCOTTI, *Lo statuto dei beni culturali tra conservazione e valorizzazione*, in A. CATELANI, S. CATTANEO (a cura di), *I beni e le attività culturali*, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da G. Santaniello, vol. XXXIII, Padova, 2002, 387.

[29] Pone l'accento sulla tutela dell'affidamento, da ultimo, ALB. ROMANO, *Conclusioni. Autoritarietà, consenso e ordinamento generale*, cit. Del resto la giurisprudenza declina la tutela rispetto alle scelte di piano in ragione della sussistenza o meno di un legittimo affidamento; così, da ultimo, Cons. Stato, sez. IV, n. 119/2012.

[30] P. STELLA RICHTER, *A proposito di vincoli a contenuto sostanzialmente espropriativo*, cit., 2597.

discendere da una linea di ragionamento dogmatica e formale e si rivela soprattutto inammissibile alla luce di principi propri del nostro ordinamento generale rafforzati dal vario combinarsi di esso con ordinamenti sovranazionali i quali, come si vedrà, muovendo dalla considerazione dell'interesse e dalla sua meritevolezza di tutela sormontano tali barriere concettuali e giungono per tale via alla definizione degli strumenti adeguati alla sua tutela[31].

2. *La prospettiva della Corte europea dei diritti dell'uomo e il passaggio dalla tutela della proprietà al diritto al rispetto dei propri beni*

Oggi, dunque, ogni indagine sulla proprietà, come paradigma della tutela dei diritti di fronte all'azione pubblica, non può che essere fatta a partire dagli ordinamenti e, più in generale, dai livelli di normatività sovranazionali e, tra questi, in particolare, dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo[32].

---

[31] Per un'ipotesi in cui, rispetto ad un bene culturale (il noto dipinto *Il giardiniere*, di Van Gogh), la Corte europea dei diritti dell'uomo, contro l'orientamento delle Corti nazionali, ha ritenuto prevalente la tutela dell'affidamento, v. C.edu, Grande Chambre, *Beyeler c. Italie*, 5 gennaio 2000, n. 33202. Sul punto v. *amplius* più oltre.

[32] È noto che tali diritti si collochino in contesti c.d. multilivello più articolati, che oggi senz'altro implicano l'intersecarsi degli ordinamenti interni con l'ordinamento comunitario e con ulteriori livelli «ordinamentali» (tra cui l'Organizzazione mondiale del commercio per un verso e, soprattutto in materia ambientale, l'Organizzazione delle Nazioni Unite). Ciononostante, si avrà qui riguardo, al momento, esclusivamente alla Cedu, per il suo ruolo preminente assunto negli ultimi decenni rispetto alla definizione degli statuti «proprietari» e, non si avrà riguardo, ad es. al parallelo ruolo svolto dall'ordinamento comunitario, rinviandosi ai contributi di F. MANGANARO, *La convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto di proprietà*, cit.; G. MORBIDELLI, *Corte costituzionale e corti europee: la tutela dei diritti (dal punto di vista della Corte del Lussemburgo)*, cit., 290; S. BONATTI, S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Proprietà immobiliare (vincoli e limiti)*, cit., 1555 ss.; M. TRIMARCHI, *La proprietà*, in C. CASTRONOVO - S. MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, Milano, 2007, 11 ss.; A. LUCARELLI, *sub Art. 17. Diritto della proprietà*, in AA.VV., *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea* a cura di R. Bifulco, M. Cartabia, A. Celotto, cit., 139 ss. Sulla Cedu, sulla sua natura non ordinamentale secondo la giurisprudenza

Come si vedrà infatti, in tale contesto, muovendo dall'affermazione del *diritto al rispetto dei propri beni*, la Corte di Strasburgo è giunta a costruire un sistema di tutela non della *proprietà* ma degli *interessi patrimoniali* di fronte all'azione, non solo espropriativa, dei poteri pubblici[33].

La base giuridica di tale sistema è costituita dall'art. 1 del Primo Protocollo addizionale che contiene una disposizione dedicata alla *Protezione della proprietà*: «*1. Ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di pubblica utilità e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale. 2. Le disposizioni precedenti non portano pregiudizio al diritto degli Stati di porre in vigore le leggi da essi ritenute necessarie per disciplinare l'uso dei beni in modo conforme all'interesse generale o per assicurare il pagamento delle imposte o di altri contributi o delle ammende*».

Da tale disposizione la giurisprudenza della Corte Europea ha ricavato, com'è noto, tre norme: una prima, che sancisce il *diritto al rispetto dei beni di proprietà privata*; una seconda, che riguarda la *privazione della proprietà* e ne prescrive le condizioni di legittimità; una terza, che afferma il diritto degli Stati di regolamentare l'uso dei beni in relazione all'interesse generale[34]. Norme distinte, però, collegate dalla medesima *ratio* di garanzia del diritto di proprietà, declinate in relazione ad ipotesi particolari di ingerenza nella seconda e nella terza norma[35].

---

della Corte costituzionale, ma ciononostante sul suo valore super-legislativo (ancorché sub-costituzionale), si v. *supra*.

[33] La tutela della proprietà nella Cedu è esplorata particolarmente da M.L. PADELLETTI, *La tutela della proprietà nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit. e da A. MOSCARINI, *Proprietà privata e tradizioni costituzionali comuni*, cit., 225 ss.

[34] Sul punto v. M.L. PADELLETTI, *La tutela della proprietà nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit.; ID., *Commento all'art. 1 del Protocollo n. 1*, in *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali* a cura di S. Bartole, P. De Sena, V. Zagrebelsky, 2012, 791 ss.

[35] Così da ultimo C.edu, Grande Chambre, *Perdigão c. Portugal*, 26 novembre 2010, in cui la Corte ricorda «*que l'article 1 du Protocole n° 1 contient trois normes dis-*

Sulla base di questa lettura teleologica della norma la Corte europea ha potuto così sottoporre al proprio sindacato qualsiasi azione dei pubblici poteri incidente sul *diritto al rispetto dei propri beni*, sia essa, direttamente o indirettamente, espropriativa, ovvero consista nella conformazione dello statuto proprietario; provenga essa dall'amministrazione, dal legislatore o dall'ordine giudiziario.

Anzi, con approccio sostanzialista, in alcuni casi complessi ha reputato di poter prescindere dalla previa classificazione di un'ingerenza statale in una norma piuttosto che nell'altra, tutte equiparate *quoad effectum*, nell'applicazione dell'art. 41 della Convenzione («*Se la Corte dichiara che vi è stata violazione della Convenzione o dei suoi Protocolli e se il diritto interno dell'Altra Parte contraente non permette se non in modo imperfetto di rimuovere le conseguenze di tale violazione, la Corte accorda, se del caso, un'equa soddisfazione alla parte lesa*»)[36].

Sicché, rinvenuta una lesione del *diritto al rispetto dei propri beni*, la Corte non ha in certi casi indagato se la condotta lesiva dello Stato potesse qualificarsi come espropriazione[37]. In

---

tinctes: la première, qui s'exprime dans la première phrase du premier alinéa et revêt un caractère général, énonce le principe du respect de la propriété; la deuxième, figurant dans la seconde phrase du même alinéa, vise la privation de propriété et la soumet à certaines conditions; quant à la troisième, consignée dans le second alinéa, elle reconnaît aux Etats le pouvoir, entre autres, de réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général. Il ne s'agit pas pour autant de règles dépourvues de rapport entre elles. La deuxième et la troisième ont trait à des exemples particuliers d'atteinte au droit de propriété; dès lors, elles doivent s'interpréter à la lumière du principe consacré par la première» (§ 57).

[36] Sul punto, M.L. PADELLETTI, *Commento*, cit., 792. Rileva in proposito efficacemente F. Manganaro come «*essendo il confine tra espropriazione e regolamentazione molto labile, la Corte tende a parificarne gli effetti ed a sottoporre anche il potere di regolazione, attribuito agli Stati (comma 3), al regime dell'espropriazione (comma 2), qualificando come espropriazione indiretta o sostanziale tutti i casi in cui derivino effetti equivalenti o analoghi a quelli prodotti da misure dirette di espropriazione. A poco a poco, la Corte sviluppa la sua giurisdizione in materia di proprietà, sottoponendo a valutazione lo spazio discrezionale lasciato al legislatore nazionale nella regolazione della proprietà: formalmente ossequiosa del potere discrezionale degli Stati, ne riduce i confini, sottoponendolo a obblighi e prescrizioni*». (F. MANGANARO, *La convenzione europea*, cit., 385).

ù[37] In questa prospettiva si v., ad es., il caso *Beyeler* (C.edu, Grande Chambre, *Beyeler c. Italie*, 5 gennaio 2000, n. 33202) avente peraltro ad oggetto un «bene» diffi-

presenza di un'ingerenza statuale nel diritto al rispetto dei propri beni, non sussistono dunque barriere di forma o specifiche modalità di lesione: così si valuta l'incidenza sul diritto di proprietà del pagamento delle spese giudiziali (legittimamente imposte al proprietario), dell'esercizio (legittimo in una prospettiva di diritto interno) del diritto di prelazione storico-artistica[38],

---

cilmente inquadrabile, nell'ordinamento interno, quale proprietà: e cioè l'aspettativa. In tale caso la Corte, nel sindacare l'esercizio tardivo del diritto di prelazione sul quadro di Van Gogh *Il giardiniere*, e nel verificare se vi fosse stata una violazione dell'art. 1 del I protocollo, ha ritenuto di poter prescindere dal verificare se si fosse in presenza di una forma di espropriazione e se l'aspettativa del terzo acquirente potesse rientrare nella nozione di proprietà, utilizzando, invece, locuzioni più ampie quali «*ingerenza nel diritto di ogni persona al rispetto dei propri beni*» ed effettuando un sindacato dell'art. 1 nella parte in cui stabilisce che «*ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni*». Sul punto, M.L. PADELLETTI, *Commento*, cit., 793. F. MANGANARO, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto di proprietà*, cit., 379 ss.

[38] Così la Corte nel citato caso *Van Gogh* (C.edu, Grande Chambre, *Beyeler c. Italie*, 5 gennaio 2000, n. 33202), a fronte di una prelazione formalmente legittima, che attraverso un *escamotage* procedurale fu esercitata ad un prezzo irrisorio (definito *ridicule* nella *dissenting opinion* del giudice Luigi Ferrari Bravo allegata alla decisione).

Si ricorda brevemente la vicenda, assai significativa del diverso ordine argomentativo: il signor Beyeler, cittadino elvetico, acquistava nel 1977 il quadro di Van Gogh *Il giardiniere*, tramite un mandatario (per la somma di seicento milioni di lire). Il venditore non menzionava l'effettivo acquirente (non conosciuto) nella denuncia di vendita inoltrata al Ministero dei beni culturali ai sensi della l. n. 1089/39. Il Ministero veniva a conoscenza dell'identità dell'acquirente solo nel 1982. Il signor Beyeler vendeva poi il quadro alla Peggy Guggenheim Collection di Venezia nel 1988 (per otto milioni e cinquecentomila dollari USA). Il Ministero esercitava nel 1988 la prelazione tardivamente, facendo valere la circostanza che il ricorrente non aveva informato il Ministero di essere, dal 1977, l'effettivo proprietario dell'opera e acquistava il dipinto al prezzo della vendita conclusa nel 1977. Come si legge nella sentenza della C.edu i giudici nazionali affermarono la legittimità dell'operato del Ministero e la nullità della compravendita del 1977 per l'omessa denuncia al Ministero (tale infatti non fu considerata la denuncia carente dell'indicazione dell'acquirente).

La Corte, pur non mettendo in discussione la formale legittimità dell'azione ministeriale, ritenne l'azione del Ministero non conforme ai doveri di correttezza cui sono tenuti i pubblici poteri, e concluse nel senso che lo Stato italiano aveva ricavato dalla vicenda un arricchimento non giustificato e non «*conforme al requisito del* giusto equilibrio», sottolineando come «*di fronte ad una questione di interesse generale, la Pubblica Amministrazione è tenuta ad agire tempestivamente, in modo corretto e con la massima coerenza*» (C.edu, *ult. cit.*, § 120). Sul caso, si v. M.L. PADELLETTI, *Il caso*

di un'azione amministrativa volta alla repressione dell'abusivismo[39].

Il medesimo approccio sostanzialista lo si rinviene nella definizione della nozione di bene sottoposto alla garanzia dell'art. 1 in esame che è esteso dalla giurisprudenza della Corte europea a coprire qualsiasi interesse patrimoniale: al diritto di proprietà si affianca l'avviamento commerciale[40], il credito[41], e la *legittima aspettativa*[42]. La nozione di bene si configura così in una dimensione non solo oppositiva ma anche pretensiva[43] come ad es. la semplice domanda di registrazione di un marchio commerciale[44]. Essa viene poi a comprendere, quale legittima aspettativa di conservazione, anche una situazione di mero fatto ed antigiuridica, se negligentemente tollerata delle Autorità di uno Stato: quale l'interesse patrimoniale del proprietario di una baracca costruita in modo abusivo in prossimità di una discarica[45] o l'interesse dell'acquirente dell'opera d'arte acquistata in violazione delle norme sulla prelazione storico-artistica[46].

Beyeler di fronte alla Corte europea dei diritti dell'uomo, in *Riv. dir. intern.*, 2000, 781 ss.; F.S. MARINI, *La prelazione «storico artistica» tra illegittimità costituzionale e violazione della convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Giur. cost.*, 2000, 1173.

[39] C.edu, *Oneryildiz c. Turquie*, 18 giugno 2002, confermata da Grande Chambre, *Oneryildiz c. Turquie*, 30 novembre 2004; C.edu, *Hamer c. Belgique*, 27 novembre 2007.

[40] C.edu, *Affaire Iatridis c. Grèce*, 25 marzo 1999, § 54.

[41] C.edu, *Nicola Silvestri c. Italie*, 9 giugno 2009, § 70.

[42] C.edu, *Plalam Spa c. Italie*, 18 maggio 2010, § 36; Grande Chambre, *Kopecky* v. *Slovacchia*, 28 settembre 2004, § 52; *Dragon c. France*, 28 settembre 2004, § 68.

[43] Ed è tale l'interesse di un esule polacco rimpatriato, che voglia la restituzione di beni di proprietà dei suoi avi (*Broniowski c. Polonia*, 22 giugno 2004).

[44] C.edu, Grande Chambre, *Anheuser-Busch Inc. c. Portugal*, 17 gennaio 2007, § 78.

[45] C.edu, *Oneryildiz c. Turquie*, 17 gennaio 2007, confermata da Grande Chambre, *Oneryildiz c. Turquie*, 30.11.2004; C.edu, *Hamer c. Belgique*, 27 novembre 2007. Ritorna a fronte dell'inerzia e della negligenza dell'amministrazione, il tema dell'affidamento, rilevante anche in situazioni di abusivismo, a generare una tutela *convenzionale* anche dei beni acquisiti dal singolo in contrasto con l'ordinamento statuale di riferimento. Mette chiaramente in luce tali orientamenti M.L. PADELLETTI, *Commento*, cit., 793, cui si rinvia per ogni ulteriore approfondimento.

[46] Si tratta del citato caso Van Gogh (C.edu, Grande Chambre, *Beyeler c. Italie*, 5 gennaio 2000, n. 33202) in cui, a fronte della violazione formale della norma da parte

In questo quadro, il *diritto al rispetto dei propri beni* tutelato dalla Cedu assume, secondo la giurisprudenza della Corte, una valenza autonoma e nuova, che non si esaurisce nella sola tutela della proprietà[47]: esso copre ogni interesse avente valore patrimoniale, oggetto di un diritto o anche solo di una *legittima aspettativa*. Quest'ultima situazione giuridica definisce così i confini della garanzia di appartenenza dei *beni economici* nella Cedu.

La linearità del modo di definire tale garanzia da parte dei giudici di Strasburgo rende assai difficile tentare un paragone con la complessità dei percorsi della nostra giurisprudenza. E rivela anche forse la stessa inutilità di un simile sforzo intellettuale, anche in considerazione del ruolo sub-costituzionale della Cedu (e della giurisprudenza della Corte europea) nel sistema delle fonti, destinata a prevalere su norme e orientamenti giurisprudenziali interni, con essa contrastanti.

Sicché, riguardo al nostro tema, si può assumere il punto di vista della Corte europea come prevalente e ritenere coperti dalla garanzia (e vedremo poi in che cosa consista tale garanzia) di *rispetto dei propri beni* senz'altro tutti gli interessi patrimoniali propri dell'individuo, cioè tutti i valori economici oggetto di suoi (veri e propri) diritti o di sue legittime aspettative.

3. *La Cedu e la riparazione delle interferenze lecite nella sfera patrimoniale*

L'art. 1, I Protocollo Cedu, nel sancire il diritto al rispetto dei propri beni (intesi nell'ampia accezione ora vista), definisce

---

del privato, il ritardato esercizio dei poteri di prelazione da parte dello Stato, si è ritenuto contrario al principio del legittimo affidamento e si è così accordata la prevalenza alla legittima aspettativa dell'acquirente.

[47] Sulla originalità del percorso seguito dalla Corte europea, privo di riscontri testuali e sistematici nella convenzione (che non tutela *aliunde* alcun altro diritto patrimoniale) e sganciato dalle tradizioni costituzionali degli Stati membri, v. M.L. PADELLETTI, *La tutela della proprietà nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., 60 ss.

la sfera delle interferenze lecite da parte dei poteri pubblici: una prima, riguarda le privazioni dei beni, ammesse esclusivamente per causa di pubblica utilità e nel rispetto dei principi di legalità; una seconda concerne le regolazioni, ammesse ove conformi all'interesse generale o per assicurare il pagamento delle imposte o di altri contributi o delle ammende[48].

Per le interferenze privative (espropriazioni secondo il lessico interno) la Corte aggiungerà poi, sin dal 1986, la garanzia dell'indennizzo[49].

Per comprendere la portata di tale garanzia occorre innanzitutto considerare che la Corte individua un concetto assai lato di esproprio, sia attraverso l'assai lata nozione di *bene* sopra vista, che copre ogni interesse patrimonialmente rilevante, sia definendo l'esproprio attraverso un effetto sostanziale: la privazione del bene.

È ciò che produce tale effetto privativo a qualificarsi come esproprio e ad essere sottoposto alle condizioni-garanzie di cui all'art. 1 (causa di pubblica utilità, legalità e indennizzo), che delineano i presupposti a prescindere dai quali emerge la *violazione del diritto al rispetto dei propri beni* e, dunque, un *illecito*[50].

Ancora in modo ampio e non formale è definito il *fatto* statuale da cui origina la privazione dei beni; il quale può consistere in qualsiasi atto o comportamento attribuibile allo Stato: una regolamentazione dei beni, un comportamento di fatto, una norma a carattere processuale, un provvedimento amministrativo.

La molteplicità delle misure statuali di intervento sulle sfere patrimoniali degli individui rilevanti nell'ambito della definizione di *privazione* ai sensi dell'art. 1, rende tuttavia non sem-

---

48 Dispone l'art. 1, co. 1, seconda parte, Prot. n. 1 Cedu: «*Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di pubblica utilità e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale*».

49 Sin dalla sent. C.edu, *Lithgow c. Regno Unito*, 7 marzo 1986, § 120.

50 Sulla portata della condanna ad un'equa riparazione si v. G. BARTOLINI, *Commento all'art. 41*, in *Commentario alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., 703 ss.

plice definire il confine tra espropriazione (e relativa garanzia d'indennizzo) e regolamentazione dell'uso dei beni[51].

Secondo l'argomentare della Corte, il criterio dell'«equivalenza degli effetti», vale a dire l'individuazione in tali misure di effetti analoghi a quelli prodotti da misure dirette di espropriazione, pone l'accento sulla definizione di che si debba intendere per *privazione*, definita a livello internazionale con le espressioni di *taking of property* o *wealth deprivation o depossession*, per inglobare tutte le diverse forme che la privazione di proprietà può assumere, a prescindere sia dall'acquisizione alla mano pubblica dei beni sia dalle eventuali qualifiche formali dei procedimenti che, soprattutto in contesti di globalizzazione dell'economia, non possono chiaramente essere rimessi alle leggi interne ai singoli Stati[52]. La privazione può così derivare sia da provvedimenti formalmente volti a produrre l'effetto privativo sia da provvedimenti o comportamenti che interferiscono con i beni in misura equivalente (c.d. *creeping expropriation*)[53].

La privazione prescinde poi anche dal trasferimento o dalla soppressione di un titolo di proprietà: e ciò è conseguenza della parificazione del concetto di *bene* a quella di *interesse patrimoniale*, sicché essa va ad inglobare misure quali la revoca di una concessione o di una licenza o qualsiasi altro atto o fatto di un soggetto pubblico privativo di un tale interesse.

Così, secondo questa impostazione sostanzialista sono state

---

[51] Sul punto si v. A. MOSCARINI, *Proprietà privata e tradizioni costituzionali comuni*, cit., 242.

[52] Si pensi ad es. alle problematiche derivanti, nell'ambito dei processi di decolonizzazione, dalle misure di c.d. (con lessico fortemente «evocativo») «indigenizzazione» e cioè di riappropriazione da parte degli Stati nazionali e dei loro cittadini di settori produttivi nelle mani di investitori stranieri. Sul punto il rinvio è ancora a M.L. PADELLETTI, *La tutela della proprietà nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit.; ID., *Espropriazione (Dir. int.)*, in *Diz. dir. pubbl.* diretto da S. Cassese, vol. III, Milano, 2006, 2323.

[53] Così M.L. PADELLETTI, *La tutela della proprietà nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., 112; interessante sul punto è il documento dell'OCSE, *Indirect expropriation and the right to regulate international investment law*, *Working Papers on international investment*, n. 4/2004.

considerate forme di privativa: l'obbligo di vendita di un bene ai privati[54], un comportamento di fatto[55], una norma processuale[56].

Riaffiora anche nel contesto sovranazionale la *vexata quaestio* dei poteri conformativi della proprietà, dei limiti a tali poteri e del contenuto minimo di tale situazione giuridica[57]. Ed emergono al riguardo criteri empirici da saggiarsi, eventualmente in modo congiunto, nei singoli casi: limitare o interferire in modo significativo sull'esercizio dei poteri che sono naturalmente correlati con l'esistenza di una relazione di proprietà, quali quelli di godere e disporre del proprio bene; determinarne la perdita di valore di un bene[58].

L'ampiezza dei casi e delle forme è in qualche modo temperata, ad esprimere una certa *cautela* nella individuazione dell'effetto privativo[59], dal carattere continuativo e non puramente transitorio dell'interferenza statuale.

Non che vincoli temporanei o altre ingerenze non privative generino, di per sé, pregiudizi irrilevanti: pur non rilevanti quale forma di espropriazione essi, infatti, potrebbero comunque rea-

---

[54] C.edu, *Håkansson at Sturesson c. Svezia*, 21 febbraio 1990. Il caso, risolto peraltro negativamente, riguardava la proprietà agricola acquistata ad un'asta pubblica e l'obbligo di rivendere tale attività se non si fosse ottenuto, entro due anni dall'acquisto, un permesso obbligatorio per legge. La violazione dell'art. 1 del I Protocollo Cedu era lamentata a seguito del diniego del permesso, cui era conseguita una vendita ad un prezzo di molto inferiore a quello di acquisto.

[55] L'orientamento è inaugurato da C.edu, *Loizidou c. Turchia*, 18 dicembre 1996, riguardante l'esclusione degli abitanti dall'uso dei loro beni tramite comportamenti di fatto durante l'invasione turca della zona nord dell'isola di Cipro.

[56] C.edu, *Les Saints Monastères c. Grèce*, 9 dicembre 1994: fu rinvenuto l'effetto privativo nella presunzione di proprietà in favore dello Stato del patrimonio terriero dei monasteri ortodossi, unita ad altre limitazioni del regime probatorio.

[57] Su cui A. MOSCARINI, *Proprietà privata e tradizioni costituzionali comuni*, cit., 225 ss.; A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, cit., 62; ad entrambi si rimanda per indicazioni sull'ampio dibattito, mai sopito, sulla questione.

[58] Sul punto è eloquente la giurisprudenza in materia di occupazione acquisitiva, per la quale si v. il relativo par. di questo capitolo.

[59] Così, M.L. PADELLETTI, *Commento*, cit., 795; nello stesso senso, anche se meno esplicitamente, già A. MOSCARINI, *Proprietà privata e tradizioni costituzionali comuni*, cit., 259.

lizzare una forma di *interferenza* nel diritto al rispetto dei propri beni, in contrasto con l'art. 1 Prot. n. 1 e suscettibile di fondare una pretesa riparatoria[60].

Come di recente osservato «*L'esame complessivo della giurisprudenza in materia induce a ritenere che il pagamento di un indennizzo assuma un rilievo prevalente rispetto a limitazioni particolarmente significative del diritto di proprietà, indipendentemente dalla loro qualificazione giuridica nell'ambito di una od altra delle diverse ipotesi considerate nell'art. 1 del Prot. n. 1*»[61].

La garanzia dell'indennizzo, dunque, travalica la privazione del bene e si estende a tutta la sfera patrimoniale dell'individuo rispetto a interferenze serie da parte dell'apparato pubblico, pur conseguenti al legittimo esercizio dei loro poteri.

Nonostante questa sua estensione applicativa, la garanzia dell'indennizzo è elaborata e sistematizzata dalla Corte europea soprattutto a fronte di interventi espropriativi della proprietà.

L'indennizzo è, come si è accennato, un istituto di matrice giurisprudenziale. Nel silenzio del Protocollo, che contempla solo la *causa di pubblica utilità* e la garanzia di legalità, sin dal 1986 la Corte europea ha affermato la regola dell'indennizzo dei privati espropriati, quale necessario risvolto, esigenza implicita,

---

[60] Il riferimento è alle note pronunce C.edu, *Sporrong and Lönnroth c. Svezia*, 23 settembre 1982 (che ha innovativamente inaugurato l'orientamento); *Elia S.r.l. c. Italia*, 2 agosto 2001 (riguardante reiterati vincoli e un quadro di regole sostanziali e processuali che per oltre vent'anni, generando una situazione di incertezza, sono stati di ostacolo al concreto godimento e alle possibilità di disporre del diritto di proprietà)*; Terrazzi c. Italia*, 17 ottobre 2002 e *Scordino c. Italia (n. 2)*, 15 luglio 2004 (con cui la Corte ha sanzionato la mancanza di effettività di un quadro normativo e giurisprudenziale di declamata indennizzabilità dei vincoli non temporanei) – sulla distanza tra princìpi affermati e pratica si è già detto –. Stigmatizzano efficacemente lo scontro tra formalismi teorici italiani e la logica pragmatica e di giustizia effettiva della Corte europea, R. INVERNIZZI, *Reiterazione dei vincoli scaduti e indennizzo: teoria (italiana) e pratica (europea)*, 689 ss., in *Riv. giur. edil.*, 2005, I, 681; S. BENINI, *Vincoli urbanistici e diritti umani*, in *Foro it.*, 2004, VI, 75 ss. e E. MARTINETTI, *La reiterazione di vincoli urbanistici senza indennizzo al vaglio critico della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. giur. urb.*, 2006, 21 ss.

[61] Così, M.L. PADELLETTI, *Commento*, cit., 806.

del diritto al rispetto dei propri beni sancito all'art. 1 del Prot. n. 1 Cedu[62] e della necessaria *proporzionalità*, nonché del *giusto equilibrio*, tra sacrificio imposto e fine pubblico perseguito[63].

Il principio non sarà più negato, ed anzi sarà progressivamente rafforzato nella determinazione dei criteri di quantificazione dell'indennizzo[64]. La portata dell'indennizzo, i criteri per determinarne l'ammontare e, con essi, la sua funzione sono così chiariti nell'evolversi degli orientamenti della Corte europea.

La protezione del diritto[65], la corretta proporzionalità tra fine perseguito e sacrificio imposto al singolo[66], il giusto equilibrio tra l'esigenza dell'interesse generale e l'imperativo della salvaguardia dei diritti fondamentali dell'individuo[67] costituiscono i principi posti a base dell'applicazione dell'indennizzo, in relazione ai quali la Corte riconosce allo Stato «un ampio margine di apprezzamento», tanto per scegliere le modalità di attuazione quanto per giudicare se esse si giustifichino nella necessità di raggiungere l'interesse generale che la legge pone alla base dell'espropriazione[68].

---

[62] C.edu, *Lithgow c. Regno Unito*, 7.3.1986 (§ 120), ove si riconosce che in assenza di un principio di indennizzo la protezione del diritto di proprietà sarebbe illusoria e inefficace.

[63] Per l'applicazione del principio di proporzionalità da parte della Corte europea, si v. l'ampia analisi svolta da A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998, 92 ss. ma spec. 103 ss. per la casistica riguardante l'art. 1 in esame.

[64] L'unica eccezione che al riguardo si prevede – applicata peraltro in un unico caso, riguardante gli espropri compiuti nel contesto della riunificazione tedesca (C.edu, *Jahn et autres c. Allemagne*, 30 giugno 2005, §117) – attiene all'esistenza di circostanze straordinarie, le sole che possano giustificare misure privative totalmente prive di ogni indennizzo. Sul punto, M.L. PADELLETTI, *Commento*, cit., 806.

[65] C.edu, *Lithgow c. Regno Unito*, 7 marzo 1986 (§ 120).

[66] C.edu, *Pincová et Pinc* c. *République Tchèque*, 5 novembre 2002 (§ 53) e, più ampie indicazioni in A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, cit., 103 ss.

[67] C.edu, *Les saints monastères c. Grèce*, 9 dicembre 1994 (§70); C.edu, *Lithgow c. Regno Unito*, 7 marzo 1986 (§ 120); C.edu, Grande Chambre, *Scordino*, 29 marzo 2006 (§93).

[68] Afferma la Corte: «*En contrôlant le respect de cette exigence, la Cour reconnaît à l'Etat une grande marge d'appréciation tant pour choisir les modalités de mise en*

Tuttavia, nonostante il riconoscimento di tale margine, muovendo da tali principi e soprattutto dalla proporzionalità come misura dell'equilibrio, la Corte ha elaborato e di fatto imposto agli Stati il criterio per la determinazione dell'indennizzo.

Caratteristica primaria di tale criterio è la sua flessibilità. La regola delle ablazioni singolari, pur se per fini di pubblica utilità, è quella della *riparazione integrale*; la quale assume a parametro il valore economico del bene espropriato[69]. Ma, in linea generale, l'indennizzo non deve necessariamente corrispondere ad una integrale riparazione. Il principio del *giusto equilibrio* può consentire, infatti, in eccezionali circostanze, un indennizzo inferiore al valore dei beni: così, ad esempio, ove sia necessario per la realizzazione degli obiettivi di ampie riforme economiche e sociali[70]. Talora la misura dell'indennizzo è, invece, definita in una misura superiore al valore del bene e legata al danno effettivo. Così, in relazione a beni che costituiscono lo strumento di lavoro dell'espropriato, la Corte ha affermato che l'indennità debba giungere a coprire anche l'utile del lavoro che il ricorrente perde con l'espropriazione[71]; anche in relazione all'abitazione è stato affermato il risarcimento integrale sganciato dal valore del bene, laddove tale valore non fosse integralmente riparatorio, consen-

---

oeuvre que pour juger si leurs conséquences se trouvent légitimées, dans l'intérêt général, par le souci d'atteindre l'objectif de la loi en cause» C.edu, Grande Chambre, *Scordino*, 29 marzo 2006 (§ 93).

[69] C.edu, *Scordino c. Italie*, 21 marzo 2006, § 96 ss.

[70] Così ad es. C.edu, *Lithgow e altri* c. *Regno Unito*, 8 luglio 1986, in un caso relativo alla nazionalizzazione di società di costruzioni aeronautica e navale nel quadro del programma economico, politico e sociale del governo; C.edu, *Ex Re di Grecia e altri* c. *Grecia*, 28 novembre 2002, con riferimento ai «mutamenti radicali del sistema costituzionale di un paese quali la transizione dalla monarchia alla repubblica»; *Kopecký* c. *Slovacchia*, 7 gennaio 2003 (successivamente riformata da C.edu, Grande Chambre, 28 settembre 2004, nel senso di escludere la violazione dell'art. 1, prot. 1, della Convenzione; C.edu, *Broniowski c. Polonia*, Grande Chambre, 22 giugno 2004 con riguardo ad un cambiamento di regime politico ed economico. Ulteriormente v. il noto caso *Scordino* 2 (C.edu, *Scordino c. Italie*, 21 marzo 2006, § 96 ss).

[71] Così C.edu, *Lallement c. Francia*, 11 aprile 2002, in un caso riguardante un coltivatore diretto privato espropriato del trenta per cento della sua proprietà.

tendo l'acquisto di un'altra abitazione[72]; così, ancora, la riparazione integrale del pregiudizio effettivamente subìto dal danneggiato, a prescindere dal valore economico del bene espropriato, sembra evocata laddove è stata ritenuta illegittima un'indennità che non aveva tenuto conto della non utilizzabilità dell'intero fondo, anche per la parte non espropriata[73].

Sicché, in relazione ai sacrifici dei privati derivanti dalla prevalenza di contrapposti interessi pubblici si afferma nel contesto della Convenzione europea dei diritti dell'uomo la necessità di un ristoro pieno, determinato nell'ambito di un bilanciamento di interessi che, pur muovendo dal bene, tiene in considerazione il danno effettivamente arrecato alla sfera del suo titolare[74]. E in tale bilanciamento, se il riferimento al valore del bene può costituire la regola di chiusura, in connessione ad usi che riflettono interessi fondamentali, quali la casa e il lavoro, emerge la necessità di valutare l'intera vicenda lesiva e di riparare, attraverso l'indennizzo, l'intero pregiudizio subito. È chiaro che in tale evoluzione l'indennizzo tende ad identificarsi col risarcimento pieno del danno, mantenendo, nella sua specificità di derivare da una condotta non illecita, l'intolleranza verso misure anche solo latamente punitive che, come si vedrà, talvolta affiorano nelle condanne della Corte riguardanti ipotesi di danni illegittimamente causati.

Una simile impostazione è stata condivisibilmente ritenuta «*coerente anche rispetto al principio della funzione sociale della proprietà, intesa nel significato positivo di strumento destinato alla realizzazione di altre libertà protette*»[75].

---

[72] C.edu, *Pincová et Pinc* c. *République Tchèque*, 5 novembre 2002 (§ 53).

[73] C.edu, *Tsirikakis c. Grecia*, 17 gennaio 2002.

[74] Su tale esito è sostanzialmente concorde la dottrina che più si è occupata dell'argomento; per la quale v. A. MOSCARINI, *Proprietà privata e tradizioni costituzionali comuni*, cit., 259, che tra le peculiarità del sistema Cedu individua «*la necessità di un ristoro pieno del sacrificio del privato nell'ipotesi di prevalenza, nel bilanciamento, dell'interesse pubblico*»; analogamente M.L. PADELLETTI, *Commento*, cit., 802.

[75] Così, M.L. PADELLETTI, *Commento*, cit., 802. In proposito v. inoltre F. FRACCHIA, M. OCCHIENA, *I beni privati e il potere pubblico nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in, *Diritto amministrativo e Corte costituzionale* a cura di G. della Cana-

4. *L'adeguamento dell'ordinamento interno ai principi «europei» sull'indennità di esproprio*

Anche se la portata del cambio di passo indotto dalla Cedu non appare ancora percepita in tutta la sua ampiezza (e soprattutto nella sua estensione) ai princìpi ora visti si è recentemente adeguato l'ordinamento italiano in materia di indennità di esproprio di aree edificabili e agricole. Del resto una simile evoluzione era ineludibile a seguito delle plurime condanne riportate dallo Stato italiano: da cui è derivato un processo di adeguamento sia degli orientamenti giurisprudenziali sia della normativa interna alla nuova legalità *europea.*

Di questa vicenda, assai esplorata, preme qui mettere in rilievo il mutamento che essa ha impresso al nostro modo di concepire l'indennità di esproprio, aprendo in tal modo una breccia per una nuova e più moderna visione del rapporto tra fini di interesse generale e imposizione di sacrifici sulla sfera individuale. Una visione che si riallinei, tra l'altro, al corrente dibattito internazionale sul tema.

È nota la parabola dell'indennità di esproprio, che muove dal criterio del «giusto prezzo» posto dall'art. 39, l. n. 2359/1895 e portato della difesa di un certo *status quo*; il quale fu ben presto affiancato da altri criteri speciali (tra cui quello previsto dalla l. n. 2892/1895 «*Pel risanamento della città di Napoli*», che determinava l'indennità, conducendola ad un valore superiore al valore venale, «*sulla media del valore venale e dei fitti coacervati dell'ultimo decennio*»)[76] sino ad essere completamente soppian-

---

nea e M. Dugato, Napoli, 2006, 1 ss. per un ordine di idee inteso a decriptare l'astratto diritto di proprietà in «*un complesso di relazioni riferibili alla* res», offrendo così lo spunto per una prospettiva di concreto raccordo tra bene e interessi ulteriori della persona, che ha sullo sfondo l'originale contributo di SALV. ROMANO, *Sulla nozione di proprietà*, cit.

[76] Si noti che la Corte costituzionale (n. 61/1957) avrebbe escluso che di indennizzo dovesse essere data un'interpretazione letterale (nel senso etimologico di «rendere indenne»), osservando come «*Già il criterio della corrispondenza dell'indennizzo al giusto prezzo che l'immobile avrebbe avuto in una libera contrattazione di compraven-*

tato dalle l. nn. 865/1971 («Legge sulla casa») e 10/1977 («Norme per l'edificabilità dei suoli»), che hanno tentato di ricondurre l'indennità di esproprio al valore agricolo. Com'è noto, un tale esito, che avrebbe presupposto lo scorporo dal diritto di proprietà dello *ius aedificandi* (tradottosi però nella mera operazione lessicale del passaggio dalla licenza alla concessione edilizia) è stato ritenuto incostituzionale: la Corte Costituzionale, con la nota sentenza n. 5/1980, ha censurato l'estensione del criterio del valore agricolo alle aree con vocazione edilizia incluse nella perimetrazione urbana, richiamandosi all'idea del *serio ristoro* e

---

dita, fissato dall'art. 39 della legge generale del 1865, non ha avuto, né poteva avere, in pratica, un valore assoluto … le leggi speciali successive [tra le quali viene citata espressamente quella sulla città di Napoli] *si allontanano ancor più dal criterio di corrispondenza al valore venale dell'immobile … Il fondamento di esse appare in tutta la sua evidenza sol che si ponga mente al rapporto, che necessariamente deve essere stabilito, fra la misura dell'indennizzo e gli scopi di pubblica utilità che sono il motivo essenziale di queste disposizioni*». Affiorano qui le motivazioni relative alla preminenza degli interessi pubblici: «*Gli scopi di pubblica utilità, proprio per questa loro natura e per i superiori interessi che ne sono il presupposto, devono essere raggiunti; il che significa che essi devono essere coordinati e contemperati il più possibile con l'interesse privato, ma che non possono a questo essere subordinati, al punto che una considerazione integrale di esso finisca praticamente per impedire la realizzazione degli scopi di pubblica utilità*». E, ancora: «*Posta la necessità di coordinazione col pubblico interesse, indennizzo non può significare integrale risarcimento, ma soltanto il massimo di contributo e di riparazione che, nell'ambito degli scopi di generale interesse, la Pubblica Amministrazione può garantire all'interesse privato*». Interessante è il contesto in cui la Corte affermò questa sua visione. Si trattava della legge regionale siciliana di riforma agraria nell'ambito della quale si procedette ad indennizzare gli espropriati sulla base dei seguenti criteri: *a*) il metodo di valutazione era basato sul valore del bene accertato ai fini della imposta straordinaria progressiva sul patrimonio (valore riconosciuto, anche legislativamente, inferiore a quello reale); *b*) l'epoca di valutazione era assai lontana dall'entrata in vigore della legge siciliana e dall'attuazione della riforma, in un periodo di successive gravissime differenze di valore; *c*) il momento del pagamento «*per le norme impugnate è dilazionato nel tempo e sarà eseguito (ma non si sa ancora quando) in titoli speciali di dubbia commerciabilità e ancora più dubbia stabilità di valore*». Interessante è anche la difesa dell'Avvocatura dello Stato secondo la quale «*esisterebbe l'obbligo di indennizzare, ma l'obbligo stesso si deve considerare soddisfatto qualunque sia la misura dell'indennizzo, anche se questo sia fissato in misura simbolica, e ciò per l'asserito potere discrezionale del legislatore nella determinazione della contropartita del sacrificio del singolo*».

alla necessità di far riferimento «*al valore del bene in relazione alle sue caratteristiche essenziali, fatte palesi dalla potenziale utilizzazione economica di esso, secondo legge*». Si afferma qui l'inadeguatezza di «*un elemento di valutazione del tutto astratto, che porta inevitabilmente, per terreni destinati ad insediamenti edilizi che non hanno alcuna relazione con le colture praticate nella zona, alla liquidazione di indennizzi sperequati rispetto al valore dell'area da espropriare, con palese violazione del diritto a quell'adeguato ristoro che la norma costituzionale assicura all'espropriato*»[77].

Il successivo criterio derogatorio del «giusto prezzo» venne introdotto, in via provvisoria e d'urgenza, con il d.l. n. 333/92 (conv. con l. n. 359/92), che all'art. 5-*bis* riproponeva, per le aree edificabili, il criterio previsto dalla legge sul risanamento della città di Napoli, «*sostituendo in ogni caso ai fitti coacervati dell'ultimo decennio il reddito dominicale rivalutato*» e prevedendo una riduzione dell'importo del quaranta per cento, salvo che non si addivenga a cessione volontaria.

Tali criteri sono stati ritenuti legittimi dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 283/1993[78]. È in questa sentenza che si esplicita la visione della Corte sull'indennità di esproprio. Muovendo dall'idea che, «*da una parte, l'indennità di espropriazione non garantisce all'espropriato il diritto ad un'indennità esattamente commisurata al valore venale del bene*»; e che, «*dall'altra,*

---

[77] A seguito di tale sentenza la l. n. 385/1980 («*Norme provvisorie sulla indennità di espropriazione di aree edificabili*») ha poi riproposto i criteri giudicati incostituzionali ma solo per determinare la somma da corrispondere a titolo di anticipo sull'indennizzo (rimandando la determinazione definitiva a successive norme di legge). La l. n. 385/80 verrà poi prorogata (con le l. nn. 481/82 e 943/82) e la Corte costituzionale con sent. n. 223/1983 dichiarerà nuovamente l'illegittimità costituzionale del sistema e delle sue proroghe osservando, come «*il cosiddetto "acconto" rappresenta per adesso l'unico indennizzo cui abbiano diritto i soggetti espropriati; mentre del "conguaglio", del quale si ragiona nel secondo comma dell'art. 1, nulla è dato sapere*».

[78] La Corte anzi, nella medesima sentenza, ha dichiarato incostituzionale la mancata estensione in favore dei soggetti già espropriati al momento della entrata in vigore della L. 359/92, e nei confronti dei quali la indennità di espropriazione non fosse ancora divenuta incontestabile, del diritto di accettare l'indennità con esclusione della riduzione del quaranta per cento.

l'indennità stessa non può essere (in negativo) meramente simbolica od irrisoria, ma deve essere (in positivo) congrua, seria, adeguata», la Corte esplicita la sua visone del rapporto tra fini pubblici e sacrifici imposti al privato: «*l'integrale ristoro del sacrificio negherebbe ogni incidenza sotto tale profilo agli scopi di pubblica utilità che persegue il procedimento espropriativo; scopi la cui realizzazione non può risultare impedita dall'esigenza di una piena ed integrale riparazione dell'interesse privato*».

È dunque, in tale costruzione, il legislatore nella sua discrezionalità che «*opera il coordinamento e bilanciamento con il pubblico interesse, peraltro tenendo anche conto delle esigenze della finanza pubblica, che … legittimamente possono ispirare la scelta del criterio "mediato" soprattutto se inserito nel contesto di una più vasta ed organica manovra finanziaria dello Stato*»[79].

I medesimi criteri posti d.l. n. 333/92 saranno poi riproposti, coerentemente con la sua natura di testo unico ricognitivo, dal d.P.R. n. 327/2001 (*Testo unico in materia di espropriazione per pubblica utilità*)[80].

Sotteso alla questione dell'indennità v'è evidentemente il problema dei *costi* degli espropri connessi alla mancata riforma dei suoli e alla connessa *rendita fondiaria* – discendente dalla penna del pianificatore nel reputare edificabili certe zone e non altre[81], e acuito dall'orientamento della Corte costituzionale che

---

[79] Per precedenti sentenze espressive di tale visioni di fondo si v. C. cost., n. 216/91, in cui si afferma che «*purché l'indennizzo non divenga apparente o simbolico, esistono ampi margini di discrezionalità legislativa, dato che il valore effettivo del bene viene in rilievo non quale misura, ma come criterio di riferimento per la determinazione dell'indennizzo. Il legislatore, pertanto, legittimamente può contemperare il criterio del valore venale con meccanismi conformativi dell'indennizzo a diverso criterio, purché l'ammontare così determinabile non scenda sotto il livello di congruità*».

[80] Agli artt. 37 (aree edificabili) e 40 (aree agricole). Si conserveranno invece i criteri del valore venale per le aree già edificate e per gli espropri di opere private di pubblica utilità, che non rientrino nell'ambito dell'edilizia residenziale pubblica, convenzionata, agevolata o comunque denominata nonché nell'ambito dei piani di insediamenti produttivi di iniziativa pubblica (art. 36).

[81] Esplicita in tal senso e la C. cost. n. 283/1993, secondo cui «*la determinazione dell'indennità delle aree fabbricabili non può non risentire del fatto che la destinazione*

aveva equiparato all'esproprio i vincoli urbanistici o espropriativi a tempo indeterminato, sottraendoli al potere conformativo e sottoponendoli alla regola dell'indennizzo[82]. In questo quadro, infatti, i problemi derivanti dalla mancata attuazione della riforma urbanistica (e cioè la sperequazione tra proprietari di suoli edificabili e non in base alle scelte di piano, la sperequazione tra essi e cittadini non proprietari incisi dagli effetti negativi delle attività edilizie e interessati alle opere pubbliche) hanno finito per convergere sull'indennità di esproprio e, in particolare, sulla sua misura. La quale ha così rappresentato lo strumento, anche concettuale, per attuare politiche, pur astrattamente condivisibili, di perequazione e di redistribuzione della c.d. rendita fondiaria.

Tuttavia, l'attuazione di tali politiche attraverso la manipolazione delle finalità dell'indennizzo ha avuto implicazioni non secondarie.

Innanzitutto teoriche, per il suo impatto sulla raffigurazione generale del rapporto cittadino-amministrazione che, per ciò che riguarda il potere autoritativo, ha sempre avuto a suo riferimento paradigmatico la proprietà e l'espropriazione[83].

Essa, poi, ha finito per generare un non sempre avvertito, ma non per questo secondario, problema di legalità. Il quale, come evidenziato implicitamente da Alberto Romano[84] e, più esplicitamente, da Domenico Sorace[85], risiede nella mancata percezione che «*disciplinando in un certo modo la misura dell'indennità, si combinano insieme espropriazione e prestazione imposta, con la conseguenza che debbono risultare rispettate le norme costituzionali relative sia alla prima che alla seconda*»[86], e cioè, oltre all'art. 42 Cost., anche gli artt. 23 e 53.

---

urbanistica comporta un valore aggiunto (rendita di posizione) rispetto al contenuto essenziale del diritto di proprietà».

[82] Sul punto v. il precedente § 3.

[83] Per tutti W. GASPARRI, *Il punto logico di partenza*, cit.

[84] ALB. ROMANO, *Giurisdizione amministrativa e limiti della giurisdizione ordinaria*, cit., 289 ss.

[85] D. SORACE, *Espropriazione per pubblica utilità*, cit.

[86] ID, *ibid*., 205.

Come si è visto, quest'ordine di logiche sia concettuali che di legalità è invece proprio dell'argomentare della Corte europea; ed esso, a seguito delle condanne riportate dall'Italia in materia di espropriazione[87], verrà fatto proprio anche dalla nostra giurisprudenza.

È infatti l'adeguamento a tale *dictum* della Corte europea che condurrà la Corte costituzionale, con la sentenza 348/2007, a rivedere le proprie posizioni in materia di indennità di esproprio. E a questo risultato arriverà offrendo preliminarmente una sistemazione della Cedu (e della relativa giurisprudenza) nell'ambito del sistema delle fonti del diritto. Sicché, dato atto che solo con la riforma costituzionale del 2001 – e, in particolare, dell'art. 117, co. 1, Cost. – è diventato possibile prendere in considerazione, quale parametro interposto di costituzionalità, la violazione degli obblighi internazionali pattizi e, tra questi, della Convenzione dei Diritti dell'Uomo, la Corte costituzionale prende in considerazione le pronunce della Corte europea in materia di indennizzo che hanno espressamente reputato le problematiche italiane *strutturali e non meramente episodiche*. Ed in questa prospettiva europea dichiara l'illegittimità dell'art. 37 del d.P.R. n. 327/2001, che pur contiene una norma identica a quella dichiarata costituzionalmente legittima nel 1993; nel nuovo contesto di raccordo tra fonti nazionali e Cedu la norma appare infatti incostituzionale, in quanto «*prevede un'indennità oscillante, nella pratica, tra il 50 ed il 30 per cento del valore di mercato del bene*» e in quanto non presenta il «*ragionevole legame*» con il valore venale, prescritto dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo. Né può più essere ritenuta un «serio ristoro», secondo il tradizionale parametro utilizzato dalla Corte costituzionale[88].

[87] Il riferimento è a C.edu, I, *Scordino c. Italia*, 29 luglio 2004, confermata da C.edu, Grande Chambre, 29 marzo 2006.

[88] Osserva in proposito la Corte che «*la suddetta indennità è inferiore alla soglia minima accettabile di riparazione dovuta ai proprietari espropriati, anche in considerazione del fatto che la pur ridotta somma spettante ai proprietari viene ulteriormente falcidiata dall'imposizione fiscale, la quale – come rileva il rimettente – si attesta su valori*

Il criterio dell'indennità di espropriazione delle aree edificabili sarà così riscritto dalla l. n. 244/2007 (Legge finanziaria 2008), art. 2 co. 89. Il nuovo testo dell'art. 37 prevede che «*1. L'indennità di espropriazione di un'area edificabile è determinata nella misura pari al valore venale del bene. Quando l'espropriazione è finalizzata ad attuare interventi di riforma economico-sociale, l'indennità è ridotta del venticinque per cento. 2. Nei casi in cui è stato concluso l'accordo di cessione, o quando esso non è stato concluso per fatto non imputabile all'espropriato ovvero perché a questi è stata offerta un'indennità provvisoria che, attualizzata, risulta inferiore agli otto decimi di quella determinata in via definitiva, l'indennità è aumentata del dieci per cento*».

Ma la Corte costituzionale andrà poi oltre le condanne della Corte europea e, facendo proprio il criterio della riparazione integrale del pregiudizio, della valutazione in concreto dello stesso e della considerazione dell'uso del bene, dichiarerà incostituzionale con sentenza n. 181/2011 il criterio dell'indennità di esproprio per le aree agricole determinato nella misura pari al «*valore agricolo medio corrispondente al tipo di coltura effettivamente praticato*» (art. 40, d.P.R. n. 327/2001). Con tale sentenza la Corte costituzionale rigetterà di per sé il metodo tabellare di determinazione dell'indennità che «*prescinde dall'area oggetto del procedimento espropriativo ignorando ogni dato valutativo inerente ai requisiti specifici del bene*» e «*ha carattere inevitabilmente astratto che elude il "ragionevole legame" con il valore di mercato, prescritto dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo e coerente, del resto, con il "serio ristoro" richiesto dalla giurisprudenza consolidata di questa Corte*»[89].

---

di circa il 20 per cento. Il legittimo sacrificio che può essere imposto in nome dell'interesse pubblico non può giungere sino alla pratica vanificazione dell'oggetto del diritto di proprietà» (C. cost., n. 348/2007).

[89] Come mostra l'estensione alle aree agricole dei criteri di concreta determinazione del valore, la questione dell'indennizzo ha una valenza problematica e densa di ragioni di giustizia solo per gli espropri di aree edificabili e in ragione dell'irrisolto disuguaglianza derivante dalle scelte pianificatorie; la c.d. rendita fondiaria, dovrà quindi trovare altrove una risposta perequativa, come già si intravede in certe evolu-

5. *Espropriazioni e interferenze lesive sui beni: la Cedu e il confine tra lecito ed illecito*

La rilevanza della Cedu rispetto alla responsabilità dell'amministrazione non si limita alle attività lecite dei pubblici poteri (per le quali la Corte europea pone la regola dell'integrale ristoro). La rilevanza della Cedu concerne anche l'inserimento di un nuovo piano di valutazione del lecito e dell'illecito e dunque la ridefinizione del relativo confine in una dimensione non più solamente nazionale.

Come si è visto, l'art. 1, Prot. n. 1 Cedu, nel sancire il diritto di ciascuno al rispetto dei propri beni (intesi nell'ampia accezione ora vista) e nel porre le condizioni delle espropriazioni e delle regolazioni pubbliche, definisce la sfera delle interferenze statuali lecite; ma in tal modo la norma definisce, per converso, anche la sfera delle attività pubbliche illecite, lesive, cioè, di quel diritto da essa affermato nel suo *incipit*.

Vengono qui in rilievo tutte le interferenze pubbliche sui *beni* privati che si collocano fuori dal concetto di esproprio o che costituiscono un esproprio illegittimo. A prescindere dalla forma giuridica (atto amministrativo, legge, sentenza, complessivo funzionamento del sistema) e a prescindere dalla loro liceità nella prospettiva dell'ordinamento interno, per tali interferenze, siano esse o meno espropriative, la Corte europea fa in ogni caso salva la possibilità di un suo sindacato finalizzato a verificarne la compatibilità con il precetto fondamentale posto dall'art. 1[90].

In tal modo la Corte europea sovrappone le sue valutazioni su quelle delle corti nazionali e ridefinisce, rispetto a tutte le at-

---

zioni della giurisprudenza sulle perequazioni e sulle compensazioni, per la quale, per tutte v. Cons. Stato, sez. V, n. 4545/2010 e della legislazione soprattutto regionale, su cui v. A. BARTOLINI - A. MALTONI (a cura di), *Governo e mercato dei diritti edificatori*, Napoli, 2009. Più in generale, secondo diverse visioni, P. STELLA RICHTER, *Contributo alla legge quadro sul territorio*, in *Scritti in onore di L. Mazzarolli*, III, Padova, 2007, 505 ss.; P. URBANI, *Urbanistica solidale*, Torino, 2011.

[90] M.L. PADELLETTI, *La tutela della proprietà nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, *cit*.

tività pubbliche che incidano su beni privati, l'area del lecito e dell'illecito.

In tale tipologia sostanziale di sindacato rientrano ovviamente e, anzi, in primo luogo, gli espropri illegittimi per difetto di una delle condizioni definite dalla Cedu, che costituiscono le violazioni più gravi del diritto al rispetto dei propri beni.

Al riguardo è esemplare la vicenda, assai nota, delle espropriazioni di fatto[91].

La quale ha il suo nucleo problematico proprio nella legalità delle espropriazioni. Tale legalità è infatti espressamente condizionata, nella Cedu, alla conformità dei procedimenti di esproprio alla legge, la quale, secondo le precisazioni della Corte europea, deve essere una legge accessibile, precisa, prevedibile, conoscibile[92]: altrimenti ragionando si versa in un'ipotesi di fatto illecito, di violazione del *diritto al rispetto dei propri beni,* come tale non solo fonte di un obbligo risarcitorio, ma in via primaria di una *restitutio in integrum*.

Rispetto alla diffusa prassi delle espropriazioni di fatto, che il formalismo concettuale intendeva restituire alla legalità attraverso il riferimento ad istituti dotati di un pur remoto fondamento normativo, quali l'accessione invertita o l'occupazione acquisitiva o, secondo l'ultimo «*espediente*», l'acquisizione sanante, la Corte europea è variamente intervenuta a ribadire l'essenza di una legalità non arrestata né al piano del linguaggio né a quello della legge. Quest'ultima, destituita del suo ruolo risolutivo nel definire i confini del lecito e dell'illecito, viene ricondotta nell'ambito di una più ampia condotta dello Stato considerato come un *tutto* unitario, in cui sono coinvolti amministrazione, legisla-

---

[91] Su tale complessa e ormai più che trentennale questione, ad oggi ancora non definitivamente risolta, che qui si tratterà per cenni, si v., per tutti, M.L. MADDALENA, *Dalla occupazione appropriativa alla acquisizione ad effetti sananti: osservazioni a margine dell'adunanza plenaria n. 2 del 2005*, in *F. Amm.-CdS*, 2005, 2109; e, nella prospettiva della Cedu, F. MANGANARO, *La convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto di proprietà*, cit.

[92] C.edu, *Belvedere Alberghiera s.r.l. c. Italia*, 30 maggio 2000 (§§ 57-58): *Carbonara e Ventura c. Italie*, 30 maggio 2000.

zione, potere giurisdizionale e il sistema nel suo complesso, e viene valutata rispetto ad un illecito definito sulla base di parametri sovranazionali.

Tutta la parabola dell'espropriazione di fatto è indice di questo nuovo assetto in cui deve oggi calarsi l'attività dello Stato in relazione alle sue incidenze sulle sfere patrimoniali individuali.

Sia l'iniziale scontro e le molte condanne riportate dallo Stato italiano per la violazione dell'art. 1 del I Protocollo Cedu dovute alla mancanza, nelle occupazioni acquisitive, di una base legale; sia il tentativo di comporre il conflitto attraverso la cristallizzazione normativa (nell'art. 43 del d.P.R. 327/2001) di un esproprio che origina dal fatto; sia il plauso raccolto da tale norma da parte della nostra Cassazione che aveva così ritenuto di poter superare il contrasto con la Corte europea[93]; sia il diverso avviso della Corte europea che ha recisamente respinto l'intervento del legislatore come un espediente elusivo evidenziando *l'illiceità* (per contrasto con il principio di legalità) *di un istituto, pur previsto dalla legge, ma non idoneo a consentire la certezza giuridica della proprietà privata*[94]; sia, infine, l'epilogo della

---

[93] Cass. civ., sez. un., 14 aprile 2003, n. 1464.

[94] Si ricordano le tre note sentenze del maggio 2005 (C.edu, *Scordino c. Italia*, 17 maggio 2005; *Acciardi e Campagna c. Italia*, 19 maggio 2005; *Pasculli c. Italia*, 17 maggio 2005), in cui la Corte appunta le sue critiche non solo sul caso di specie ma sull'istituto in sé considerato, nonostante la formale copertura di legge (C.edu, *Scordino c. Italia*, 6 marzo 2007, di cui si v. il §11: «*La Cour est d'avis que les faits de la cause révèlent dans l'ordre juridique italien une défaillance, en conséquence de laquelle une catégorie entière de particuliers se sont vus, ou se voient toujours, privés arbitrairement de leur droit au respect de leurs biens. Elle estime également que les lacunes du droit décelées dans l'affaire particulière des requérants peuvent donner lieu à l'avenir à de nombreuses requêtes bien fondées*»*)*. La successiva C.edu, 20 aprile 2006, *De Sciscio c. Italia* ha nuovamente affermato il contrasto degli istituti dell'occupazione acquisitiva e sanante con l'art. 1 I Protocollo Cedu (si ved. in particolare i §§ 75-78: «*La Cour prend note de l'évolution jurisprudentielle qui a conduit à l'élaboration du principe de l'expropriation indirecte. Elle relève également que ce principe a été transposé dans des textes de loi, tels que la loi n° 458 de 1988 et la loi n° 662 de 1996, et, tout dernièrement, dans le Répertoire des dispositions en matière d'expropriation…. La Cour note ensuite que le mécanisme de l'expropriation indirecte permet en général à l'administration de passer outre les règles fixées en matière d'expropriation, avec le risque d'un ré-*

vicenda. Innanzitutto nella giurisprudenza: la Corte costituzionale non solo ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 43 cit. ma nel far ciò, pur facendo campeggiare un vizio formale (l'eccesso di delega) e dichiarando assorbite le censure relative alla violazione della Cedu, ha richiamato gli orientamenti della Corte europea, circa il contrasto con il principio di legalità dell'occupazione espropriativa, perché non «*in grado di assicurare un sufficiente grado di certezza*» poiché «*permette all'amministrazione di utilizzare a proprio vantaggio una situazione di fatto derivante da azioni illegali*»[95]*;* ed ha poi fatto proprio il dubbio «*che la mera trasposizione in legge di un istituto, in astratto suscettibile di perpetuare le stesse negative conseguenze dell'espropriazione indiretta, sia sufficiente di per sé a risolvere il grave vulnus al principio di legalità*»[96].

In questo quadro, le condanne della Corte alla riparazione del diritto violato, nell'impossibilità di una *restitutio in integrum* a causa della costruzione dell'opera pubblica, hanno assunto, quantomeno in un primo momento, una funzione non solo riparatoria, ma anche latamente punitiva, raggiungendo importi particolarmente elevati: così si è determinato il *quantum* del risarcimento sulla base del valore di mercato del bene al momento del risarcimento (e non dell'espropriazione); si è poi computato il

---

sultat imprévisible ou arbitraire pour les intéressés, qu'il s'agisse d'une illégalité depuis le début ou d'une illégalité survenue par la suite. En effet, dans tous les cas, l'expropriation indirecte tend à entériner une situation de fait découlant des illégalités commises par l'administration, à régler les conséquences pour le particulier et pour l'administration, au bénéfice de celle-ci. Que ce soit en vertu d'un principe jurisprudentiel ou d'un texte de loi comme l'article 43 du Répertoire, l'expropriation indirecte ne saurait donc constituer une alternative à une expropriation en bonne et due forme»); F.G. SCOCA, *Modalità di espropriazione e «rispetto» dei beni (immobili) privati*, in *Dir. amm.*, 2006, 519 ss.

[95] C.edu, *Sciarrotta ed altri c. Italia*, sentenza 12 gennaio 2006, in cui si precisa che: «*sia allorché essa costituisca conseguenza di un'interpretazione giurisprudenziale, sia allorché derivi da una legge – con espresso riferimento all'articolo 43 del t.u. qui censurato –, … tale forma di espropriazione non può comunque costituire un'alternativa ad un'espropriazione adottata secondo "buona e debita forma"*»

[96] C. cost. n. 293/2010. Da ultimo, con il d.l. n. 98/2011, il legislatore ha ridisciplinato l'istituto inserendo l'art. 42-*bis* al d.P.R. n. 327/2001.

danno per la perdita di godimento, calcolata sulla base del costo di costruzione delle opere realizzate dallo Stato, e si è infine fatto luogo al risarcimento del *danno morale*[97]. Non a caso, tali criteri, in connessione con il percorso intrapreso dall'Italia di adeguamento della normativa (e della giurisprudenza) interna alle prescrizioni della Cedu, sono stati attenuati[98]: così ad oggi i beni sono valutati con riferimento al momento dell'espropriazione; ai fini della valutazione del danno materiale non si tiene più conto del costo degli immobili costruiti dallo Stato sui terreni, ferme tuttavia le altre componenti di danno, tra cui il danno per la perdita di *chance* e il danno morale[99].

Tali criteri operano, oltre che per le espropriazioni di fatto, anche per ogni altra espropriazione e per ogni altra interferenza sul diritto al rispetto dei beni di ciascuno che si riveli illecita alla luce della Cedu[100], nonostante essa possa essere reputata, in un'ottica di diritto interno, conforme ai canoni della legalità.

Essi operano poi più in generale per tutte le violazioni dei diritti non patrimoniali protetti dalla Cedu, per i quali, come si vedrà, non si prevedono possibilità di legittimi sacrifici compensati da equivalenti monetari, con la conseguenza che ogni loro lesione, pur se connessa ad un'azione lecita o esecutiva di un dovere pubblico, ridonda in un illecito, salvo eccezionali circostanze espressamente disciplinate dalle Costituzioni e dalla Cedu.

In tale nuova ottica di pluralismo degli ordinamenti, di legalità «multilivello», sembra dunque oggi doversi iscrivere la que-

---

[97] Sul punto v. M.L. PADELLETTI, *Commento*, cit., 798, e le richiamate sent. C.edu, *Belvedere Alberghiera s.r.l. c. Italia*, 30 maggio 2000 (§§ 57-58): *Carbonara e Ventura c. Italie*, 30 maggio 2000; *Scordino c. Italie (n. 3)*, 6 marzo 2007; *Pasculli c. Italie*, 4 dicembre 2007.

[98] C.edu, Grande Chambre, *Guiso-Gallisay c. Italia*, 22 dicembre 2009.

[99] Così, da ultimo, C.edu, *Cucinotta c. Italia*, 10 luglio 2012.

[100] Così (*Hatzikakis c. Grecia*, 11 aprile 2002; *Katsaros c. Grecia*, 6 giugno 2002) la Corte riscontra la violazione dall'art. 1 quando l'espropriazione è avvenuta in maniera illegittima, quando non vi sia stata determinazione dell'indennità (*Konstantopoulos c. Grecia*, 10 luglio 2003; *Interoliva Abee c. Grecia*, 10 luglio 2003). Sul punto v. F. MANGANARO, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto di proprietà*, cit.

stione della responsabilità dell'amministrazione e della sua liceità e legittimità.

6. *Considerazioni di sintesi*

La parabola che si è venuta delineando in questo capitolo mostra innanzitutto una nuova prospettiva di inquadramento della responsabilità da atto lecito: gli ordinamenti sovranazionali e, in particolare, la UE e la Cedu per la loro particolare forza di imporsi nel nostro sistema di tutela dei diritti, definendo *standard* minimi di tutela tali da limitare l'intero complesso dei pubblici poteri e da divenire regola delle relazioni tra essi e i privati.

Tale dinamica è emersa riguardo alle interferenze lecite dello Stato nella sfera patrimoniale degli individui: qui un ruolo di primo piano lo ha svolto la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, ormai inserita tra le fonti del nostro ordinamento giuridico. Pur collocata, secondo l'attuale orientamento della Corte costituzionale, ad un livello sub-costituzionale e pur filtrata dalla Corte medesima attraverso il giudizio di costituzionalità delle leggi, essa è dotata di una effettività che trascende il solo costituire parametro interposto di legittimità *ex* art. 117 Cost. Essa, proprio in virtù di tale suo ruolo di ordine costituzionale, diviene canone di una interpretazione costituzionalmente orientata ed impone così una rilettura dell'intero sistema, al fine di adeguarlo alla nuova tutela dei diritti, senz'altro *presi più sul serio* in sede europea che non nel nostro ordinamento[101].

Il cambio di prospettiva che la nuova articolazione della tutela dei diritti determina riguarda innanzitutto l'impostazione logica del rapporto tra cittadini e potere pubblico.

---

[101] Proseguiamo nuovamente qui, sulle variazioni di Guido Corso (*La responsabilità della pubblica amministrazione da attività lecita*, cit., 226), lo scherzo sulla nota formula di Rondald Dworkin. Sottolinea, a proposito dei diritti fondamentali, l'incidenza dei nuovi contesti sovranazionali e della comparazione, G. REPETTO, *Argomenti comparativi e diritti fondamentali in Europa. Teorie dell'interpretazione e giurisprudenza sovranazionale*, Napoli, 2011.

Nel nuovo contesto appare innanzitutto superata l'idea della centralità della legge nella definizione della sfera dei poteri dell'amministrazione e nella individuazione dei confini tra lecito e illecito. La legge può anzi concorrere all'illecito ed esso risulta definito dalla violazione di un diritto la cui piena disponibilità ormai sfugge al legislatore: in una Costituzione estesa a comprendere, quale parametro interposto, il contenuto materiale della Cedu, le regolazioni lesive dei diritti costituiscono un illecito che deve essere riparato: se non altro avanti alla Corte di Strasburgo[102]. E, in una prospettiva di adeguamento dell'ordinamento interno alla nuova legalità costituzionale, anche avanti alle corti nazionali[103].

Superato appare poi il principio che aveva dominato la tradizionale visione di tale rapporto: e cioè la supremazia del pubblico pur nel sacrificio del privato. Come pure l'idea che «*l'integrale ristoro del sacrificio negherebbe ogni incidenza … agli scopi di pubblica utilità che persegue il procedimento espropriativo; scopi la cui realizzazione non può risultare impedita dall'esigenza di una piena ed integrale riparazione dell'interesse privato*»[104]. E l'idea che la determinazione in ordine alla riparazione spetti *alla discrezionalità del legislatore.*

Superate tali astratte preclusioni, nella nuova logica che ci è oggi imposta occorre dunque muovere dai diritti e di qui ricostruire i limiti del potere pubblico, di qualsiasi natura esso sia. E ciò innanzitutto nel senso di uno scarto reciproco di esistenza. Che non si presenta nel senso tradizionale: dove c'è potere non c'è diritto. Ma nel senso opposto: dove c'è un diritto non c'è il potere[105]. E nella nuova legalità definita dalla Cedu che riconosce

---

[102] Prende qui concreta forma quella responsabilità del legislatore da tempo delineata da R. BIFULCO, *La responsabilità dello Stato per atti legislativi*, cit.

[103] È questa una parabola analoga a quella derivante dal diritto comunitario ma rafforzata dalla centralità e dall'ampiezza del riferimento ai diritti. Sul tema, per tutti R. BIFULCO, *La responsabilità dello Stato per atti legislativi*, cit.

[104] C. cost. n. 283/1993.

[105] Per questa visione di legalità sostanziale dell'amministrazione che, senza negare l'interesse legittimo, quale tutela ulteriore, afferma la permanenza del diritto pur di fronte al potere v. ALB. ROMANO, *I caratteri originari della giurisdizione amministra-*

il diritto alla riparazione dei danni cagionati ai diritti patrimoniali dell'individuo non solo nelle ipotesi di attività illecita ma anche nell'ambito del legittimo esercizio delle prerogative pubbliche, il potere, laddove per attuarsi debba necessariamente sacrificare un opposto interesse del privato, non si estende più fino a lasciare irreparate le lesioni così cagionate.

Torna qui l'idea di Santi Romano, poi ripresa, più o meno consapevolmente, da una parte della moderna civilistica: l'indennizzo non è conseguenza di un illecito ma è condizione di liceità dell'atto che impone un sacrificio al privato[106].

È questo un esito di recupero della dignità piena del diritto anche nei confronti del potere. Il diritto non si accontenta più di una mera ponderazione di interessi ma pretende, su un piano paritetico, di essere riparato.

E tale pretesa si radica in proposizioni normative poste sul piano dell'ordinamento generale[107], che la Cedu, quale suo tassello, concorre non solo a comporre ma anche ad integrare e ad interpretare nel suo insieme[108]: l'affermazione e la tutela dei di-

---

tiva e la loro evoluzione, cit.; ID., *Sulla pretesa risarcibilità degli interessi legittimi: se sono risarcibili, sono diritti soggettivi*, cit.; ID. *La situazione legittimante al processo amministrativo*, cit., 528 ss.; E. CANNADA BARTOLI, *Il diritto soggettivo come presupposto dell'interesse legittimo*, cit., 334; G. MIELE, *Questioni vecchie e nuove in materia di distinzione del diritto dall'interesse nella giustizia amministrativa*, cit., 57 ss.

[106] SANTI ROMANO, *Principii di diritto amministrativo italiano*, cit., 63.

[107] Diviene qui essenziale la sua contrapposizione con l'ordinamento amministrativo, per la quale ALB. ROMANO, *Interesse legittimo e ordinamento amministrativo*, cit., 95 ss.

[108] Torna qui la rappresentazione dell'ordinamento offerta dalla prospettiva istituzionale di Santi Romano. E l'immagine dell'ordinamento con «*i numerosi meccanismi o ingranaggi, i collegamenti di autorità e di forza, che producono, modificano, applicano, garantiscono le norme giuridiche, ma non si identificano con esse*» e «*così comprensivamente inteso*» quale «*entità che si muove in parte secondo le norme, ma, soprattutto, muove, quasi come pedine in uno scacchiere, le norme medesime, che così rappresentano piuttosto l'oggetto e anche il mezzo della sua attività, che non un elemento della sua struttura. Sotto certi punti di vista, si può anzi ben dire che ai tratti essenziali di un ordinamento giuridico le norme conferiscono quasi per riflesso: esse, almeno alcune, possono anche variare senza che quei tratti si mutino*». Santi ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1946, II ed. (I ed., Pisa 1918), 16 ss.

ritti, di cui costituisce, in chiave di effettività, il necessario risvolto; a prescindere dal quale il riconoscimento del diritto medesimo si ridurrebbe ad una illusoria garanzia formale[109].

Quella responsabilità da atto lecito così teorizzata dalla dottrina civilistica più moderna e dalla pubblicistica di inizio Novecento nonché richiamata in vita da alcune recenti riflessioni, si trova oggi imposta dagli ordinamenti sovranazionali. E si presenta come vera e propria responsabilità civile e non come un istituto equivalente (o, meglio, minusvalente) collocato nell'ambito di principi pubblicistici e consegnato ad una non chiara disciplina. E ciò per ragioni di ordine non concettuale ma storico: non sussistono nel nostro ordinamento, a differenza che in altri[110], istituti pubblicistici o responsabilità pubblicistiche che, fondati sul diritto scritto o pretorio, possano far da sfondo ad una simile concettualizzazione. Ma esiste una regola generale di responsabilità civile, di protezione degli interessi meritevoli di tutela dalle lesioni ingiustificate arrecate da terzi la cui applicazione all'amministrazione su basi oggettive e nelle ipotesi di attività lecita è oggi fondata anche sulla Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Oltreché su tutti i principi generalmente richiamati dalla dottrina e di regola non applicati in giurisprudenza, secondo orientamenti che, seppur consolidati, meritano oggi di essere rivisti, secondo parabole analoghe a quelle che si sono potute osservare in materia di espropriazione.

Molte, come si è visto, ne sono le conseguenze: l'applicazione generale del principio; l'applicazione della regola dell'integrale riparazione del danno pur in un bilanciamento che, come si è visto, raggiunge qui «*l'apice della sua problematicità*»[111] poiché

---

[109] Come si è visto, la Corte europea sin dal 1986 ha affermato, pur nel silenzio della Convenzione, il necessario indennizzo delle privazioni di beni quale necessario risvolto del diritto sancito dall'art. 1 del Prot. n. 1 Cedu.

[110] Emblematico è il sistema francese, fondato, come si è visto, su una responsabilità speciale di tipo pubblicistico, articolata in diverse figure (responsabilità per colpa, senza colpa, per rischio, per rottura del principio di uguaglianza di fronte ai carichi pubblici).

[111] V. SCALISI, *Ingiustizia del danno e analitica della responsabilità civile*, cit., 54.

«*l'attività lesiva dell'agente si presenta come coerente e corretta esplicazione della posizione di potere o di dovere riconosciutagli dall'ordinamento*»[112]; la necessità di operare una valutazione in concreto della vicenda, avendo riguardo alla particolare natura dei beni e servizi colpiti, alla specifica condizione dei soggetti coinvolti, al rango degli interessi sottesi all'intera vicenda[113]; il rifiuto di parametri *standard* e tabellari di determinazione dei danni.

Ed è questo l'unico statuto della riparazione dei danni che, superando limiti astratti previsti *ex lege* o preclusioni di carattere concettuale (si pensi all'idea dell'irrisarcibilità del lucro cessante che si suole dedurre dogmaticamente dalla formula indennitaria), sembra rivelarsi coerente con le indicazioni della Corte di Strasburgo.

Un ulteriore spunto sembra poi cogliersi dalla giurisprudenza europea: l'irrilevanza della connotazione, lecita o illecita, della condotta statuale lesiva ai fini dell'affermazione dell'obbligo di riparare la lesione del diritto[114]. In entrambi i casi, infatti, dalla violazione del diritto la Corte fa discendere una garanzia riparatoria. La connotazione lecita o illecita appare così ridursi ad una mera variante di un regime unitario di tutela dei diritti, rilevante unicamente al fine di risolvere, alla luce del canone di proporzionalità, il conflitto tra le opposte posizioni dell'amministrazione e del cittadino facendo emergere, nelle ipotesi di illecito, una più marcata funzione sanzionatoria-preventiva (che, come si è visto, ha talora condotto la Corte europea a condanne esemplari per le espropriazioni di fatto)[115].

---

[112] V. SCALISI, *Ibidem*.

[113] V. SCALISI, *Ibidem*.

[114] Sul punto M.L. PADELLETTI, *La tutela della proprietà nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., 109, con ampie indicazioni sulla questione nel diritto internazionale.

[115] Sul punto v. M.L. PADELLETTI, *Commento*, cit., 798, e le richiamate sent. C.edu, *Belvedere Alberghiera s.r.l. c. Italia*, 30 maggio 2000 (§§ 57-58): *Carbonara e Ventura c. Italie*, 30 maggio 2000; *Scordino c. Italie (n. 3)*, 6 marzo 2007; *Pasculli c. Italie*, 4 dicembre 2007.

CAPITOLO SECONDO

RESPONSABILITÀ DA ATTO LECITO E INTERESSI NON PATRIMONIALI

1. *Premessa*

Si è visto come sia emersa a proposito degli atti ablativi di interessi patrimoniali (atti, cioè, che ne comprimono il nucleo minimo) una generale responsabilità da atto lecito che la Corte di Strasburgo ha contribuito a delineare nei suoi tratti essenziali. In questo quadro e tenendo ferma l'inesistenza di una distinzione ontologica tra interferenze nella sfera personale e patrimoniale, deve collocarsi il problema dei sacrifici imposti agli interessi non patrimoniali degli individui per la realizzazione di interessi generali: si tratta innanzitutto dei danni alla persona, nelle

sue molteplici sfaccettature quali la vita, la salute, la libertà personale, il domicilio, la libertà di circolazione.

Per tali interessi, nonostante il loro evidente primato nell'ordine valoriale delineato dalla Costituzione (nonché dalla Cedu e dal diritto europeo), sembrerebbe per paradosso ancor più complessa l'affermazione di un principio di responsabilità per atto lecito. Senz'altro in confronto con quanto si è ora visto per gli interessi patrimoniali.

Se non rare, senz'altro meno numerose, sono le ipotesi espressamente contemplate: la riparazione dell'errore giudiziario, dell'ingiusta detenzione[1]; gli indennizzi per i danni di guerra[2]; gli indennizzi ai soggetti danneggiati da vaccinazioni obbligatorie[3], ne costituiscono gli esempi principali.

A livello costituzionale, a differenza di quanto si è visto per la proprietà (e per l'impresa) non è sancito un generale dovere di indennizzare i sacrifici imposti nella sfera personale: l'unica menzione di un necessario ristoro per i danni subìti è contenuta nell'art. 24 Cost. e riguarda la riparazione degli errori giudiziari.

Non che alla non menzione si possa certo far conseguire l'idea di una tutela depotenziata; sol che si pensi che dei diritti inviolabili, in assemblea costituente, non si ritenne di dover nominare espressamente (se non con il rinvio di cui all'art. 2 Cost.) quelli all'apice della gerarchia dei valori, «*generalmente accettati come naturali e insopprimibili (diritto di vivere, di muoversi, di parlare, di formarsi una famiglia, di procreare, diritto all'onore ecc. ecc.); né in sottocommissione si ritenne necessario farne un'esemplificazione*»[4]. L'idea sottesa al silenzio della Costituzione è dun-

---

[1] Di cui agli artt. 24 Cost.; 314 e 315 c.p.p. (*ingiusta detenzione*) 643 c.p.p. (*errore giudiziario*); 5 Cedu e 3 prot. n. 7 Cedu.

[2] Di cui al d.P.R. n. 915/1978, *Testo unico delle norme in materia di pensioni di guerra.*

[3] Di cui alla l. n. 210/1992.

[4] Così V. FALZONE, F. PALERMO, F. COSENTINO, *La Costituzione della repubblica italiana*, Roma, 1948, 23, ove si aggiunge: «*se si eccettua il caso limite esemplificato dall'on. Marchesini, il quale parlò di "libertà interiore, che non ci può esser data e tolta da*

que opposta: il diritto inviolabile non è bilanciabile con interessi pubblici; non ha un prezzo e non può essere sacrificato contro un indennizzo[5].

L'impostazione personalistica è del resto alla base della nostra Costituzione[6], della più moderna rilettura del diritto civile[7] e di tutte le più moderne dichiarazioni dei diritti. La stessa Unione Europea ha seguito un percorso di sviluppo in senso personalista allorché ha esteso i propri compiti oltre le libertà economiche: piegando prima queste alla tutela di quelli[8] e giungendo poi a porre espressamente «*la persona al centro della [sua] azione*»[9].

---

nessun Governo ..., approdo supremo del proprio personale destino, che non può essere regolato né minacciato dalla legge"».

[5] Come si vedrà, il *pendant* privatistico di tale concezione sta nell'idea della non risarcibilità del danno non patrimoniale, che però arretra le sue ragioni in diversi e precedenti percorsi storico-sociali, recentemente rievocati in R. SCOGNAMIGLIO, *Il danno non patrimoniale innanzi alle sezioni unite*, cit., 486. Senz'altro però l'idea della non risarcibilità del danno personale è, in generale, alla base della difficoltà di concepire una tutela risarcitoria della sfera non patrimoniale della persona tramutandosi quasi in un ostacolo di ordine concettuale all'accostamento di valori non patrimoniali e risarcimento del danno, finendo in tal modo per dar vita ad un paradosso da più parti denunciato; così ad es. rileva R. SCOGNAMIGLIO, *Il danno non patrimoniale innanzi alle sezioni unite*, cit., come «*Riesce difficilmente sostenibile, già a prima vista, che i danni recati alla persona, ai quali non sembra possibile, e giusto, riconoscere un valore inferiore a quelli inferti ai beni-interessi patrimoniali, debbano essere risarciti nei soli casi stabiliti dalla legge*»*;* e ancora G. VETTORI, *Danno non patrimoniale e diritti fondamentali*, in *Persona e mercato*, 2008: «*non risulta facilmente giustificabile la rilevanza di un'offesa minima al patrimonio e la irrilevanza della stessa offesa ad un interesse personale*». Così ancora oggi è diffusamente condivisa, tra i pubblicisti, l'idea che per i diritti fondamentali «*l'essenzialità del valore in gioco fa nascere l'esigenza di una tutela... ampia ed onnicomprensiva, mentre fa ritenere del tutto insoddisfacente la sostituzione del bene giuridico che lo incorpora con l'equivalente fornito dalla tutela risarcitoria*», E. LAMARQUE, *L'attuazione giudiziaria dei diritti costituzionali*, in *Quad. cost.*, 2008, 269 ss.

[6] E. CANNADA BARTOLI, *Introduzione alla responsabilità della p.a. in Italia*, cit., 21; A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, cit.; ID., *Diritti sociali*, cit.; A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, Padova, 1985.

[7] Su cui si v. S. RODOTÀ, *Dal soggetto alla persona*, Napoli, 2007.

[8] Per questi percorsi, da ultimo M. CARTABIA, *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione europea*, in *I diritti in azione* a cura di M. Cartabia, cit.

[9] Così oggi testualmente il preambolo della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, su cui M. CARTABIA, *Il Trattato di Lisbona*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 221.

Se la rarità delle ipotesi e la mancata previsione di una responsabilità per atto lecito in tali ambiti ha il suo presupposto nell'idea della inviolabilità dei diritti, la medesima idea rende difficilmente accettabile la tesi dell'applicazione analogica della regola dell'espropriazione; e non solo per la tutela indennitaria (peraltro irrisoria, sino a tempi non lontani), quanto soprattutto per l'affermazione di possibili atti ablativi, aventi ad oggetto quei diritti.

Infatti, alla concreta compromissione di tali diritti nello svolgersi dell'azione amministrativa, che l'emergere di nuovi diritti rende senz'altro più frequente, la giurisprudenza immediatamente orchestrò, quale controcanto, non la teoria della responsabilità da atto lecito ma la pratica del diritto indegradabile e, con essa, della responsabilità per fatto illecito, con tutte le tutele connesse, prima fra tutte quella inibitoria *ex* art. 700 c.p.c.[10].

Non per questo si è rinunciato anche qui del tutto alla responsabilità per atto lecito, quantomeno in relazione alle compressioni di diritti personali espressamente autorizzate dalla Costituzione. Con tutti i corollari, sopra visti, del principio indennitario, ribaditi dalla Corte, ancora di recente[11], per la salute umana, negli stessi *irrisori* termini in cui li aveva affermati per il diritto di proprietà[12]. E con pronunce peraltro plaudite dalla prevalente dottrina, che vi legge l'applicazione del principio di solidarietà e di uguaglianza e l'enunciazione del principio di responsabilità per atto lecito[13].

Appare tuttavia chiaro, alla luce di quanto è sin qui emerso, che questi orientamenti siano da rivedere, soprattutto nel risultato ultimo di tutela indennitaria, modulabile sull'interesse pubblico, secondo un esito che è ormai stato respinto dal nostro sistema per gli stessi diritti a contenuto patrimoniale. Varie, come si

---

[10] E ciò sin dai primi del Novecento; sul punto v. il prossimo *par.* 6.

[11] Si v. la sentenza n. 107/2012.

[12] Su punto v. il precedente Capitolo I.

[13] Al riguardo v. i successivi *par.* 3 e 4.

vedrà, sono le linee che convergono nell'imporre tale revisione: la parabola dell'indennità di esproprio, le più moderne concezioni della responsabilità civile, i principi del rischio che si connettono alla pericolosità delle principali attività lesive di diritti personali e, non da ultimo, la recente affermazione della piena risarcibilità del danno non patrimoniale da parte della Corte di cassazione, per le ipotesi di grave violazione dei diritti della persona costituzionalmente garantiti[14]: quest'ultima in particolare milita per un'aper-

---

[14] Il riferimento è alle note sentenze delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (n. 26972-26973-26974-26975 del 2008, identiche nei principi generali) che hanno offerto «*una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c., unica norma disciplinante il risarcimento del danno non patrimoniale*» per la quale la tutela del risarcimento del danno non patrimoniale è data non solo nei casi determinati dalla legge ma anche «*nel caso di lesione di specifici diritti inviolabili della persona, e cioè in presenza di una ingiustizia costituzionalmente qualificata*» (sent. n. 26972/08, punto n. 3). Rispetto al *quantum* del risarcimento la Corte osserva che «*il risarcimento del danno alla persona deve essere integrale, nel senso che deve ristorare interamente il pregiudizio, ma non oltre*». E che rispetto «*al danno non patrimoniale di cui all'art. 2059 c.c., identificandosi con il danno determinato dalla lesione di interessi inerenti la persona non connotati da rilevanza economica*» «*dovrà il giudice, qualora si avvalga delle note tabelle, procedere ad una adeguata personalizzazione della liquidazione del danno biologico, valutando nella loro effettiva consistenza le sofferenze fisiche e psichiche patite dal soggetto leso, onde pervenire al ristoro del danno nella sua interezzo*» (sempre paragrafo 4.8. della sentenza 26972/08). È noto il lento e tortuoso percorso della responsabilità civile oltre il danno patrimoniale che sulla scorta delle prime riflessioni della dottrina – R. SCOGNAMIGLIO, *Il danno morale (contributo alla teoria del danno extracontrattuale)*, *Riv. dir. civ.*, 1957, 309 ss. – ha condotto a tale approdo. Il quale ha raggiunto la sua prima tappa con l'elaborazione della figura del danno biologico da parte della giurisprudenza degli anni settanta sino a giungere all'individuazione di autonome categorie di danno idonee a dar rilevanza di lesioni della sfera aredditiuale del soggetto (tra cui soprattutto il *danno esistenziale*), per infine approdare alla rilettura costituzionalmente orientata dell'art. 2059 del c.c., intesa prima a dare copertura anche alle lesioni di interessi della persona costituzionalmente protetti (Cass., sez. III, n. 8827 e 8828 del 2003) e poi, più recentemente con le sentenze delle Sezioni Unite del 2008 ad offrire una rilettura del danno non patrimoniale ancorandolo, in chiave di tipicità, alle medesime lesioni dei diritti inviolabili della persona con superamento di tutte le precedenti ulteriori categorie di danno e con delimitazione della sfera non patrimoniale risarcibile ai soli interessi costituzionalmente rilevanti. Senz'altro, secondo quanto denunciato dalla dottrina civilistica, è questa una parabola non scevra di ombre e che ancora non riesce superare il pregiudizio patrimonialista che conduce a risarcire qualsiasi danno patrimoniale e a limitare il risarcimento del danno non patrimoniale o, meglio, alla persona, ad un'in-

tura della responsabilità da atto lecito oltre le ipotesi tipicamente previste, a coprire le medesime gravi violazioni.

Tale approdo della Cassazione ci consente di precisare anche l'ambito dell'ipotizzato estendersi del principio di responsabilità a interessi non patrimoniali: la Cassazione riconosce infatti (secondo una linea di ragionamento peraltro diffusamente criticata[15]), la rilevanza non di ogni lesione d'interessi non patrimoniali, ma solo delle gravi lesioni di diritti della persona costituzionalmente garantiti.

A tale giurisprudenza e alle sue evoluzioni, con le eventuali integrazioni derivanti dagli ordinamenti sovranazionali, dovrà farsi riferimento, ove si accolga l'idea di una responsabilità da atto lecito riconducibile non ad un diritto speciale della pubblica amministrazione, ma all'ordinamento generale e la si ricolleghi alla tutela piena ed effettiva dei diritti costituzionali e a quei principi generali di uguaglianza, solidarietà, correttezza, non abuso[16] che, calati in un ordinamento ispirato ad un canone personalistico[17], conducono ad assumere la piena garanzia del singolo quale esigenza della comunità[18].

Sono queste linee che appaiono oggi di particolare importanza anche in ragione di un'altra tendenza in atto del sistema di

---

giustizia costituzionalmente qualificata; ciononostante, tale parabola e l'ampio dibattito riguardante il tema, sono indici di un deciso sforzo in favore di una svolta personalista della responsabilità civile, per un cui saggio si v. le osservazioni di R. SCOGNAMIGLIO, *Il danno non patrimoniale innanzi alle sezioni unite*, cit.; M. FRANZONI, *I diritti della personalità, il danno esistenziale e la funzione della responsabilità civile*, in *Contr. e impresa*, 2009, p. 1 ss.; G. VETTORI, *Danno non patrimoniale e diritti fondamentali*, cit.; M. BARCELLONA, *Il danno non patrimoniale*, Giuffré, 2008. Tuttavia, ai nostri fini, possiamo cogliere dalle recenti posizioni della Cassazione, e proprio dal rigore della lettura proposta, l'attuale soglia minima di sicura rilevanza aquiliana del danno non patrimoniale: gli interessi della persona costituzionalmente rilevanti.

[15] Si v. *supra*, nota 5.

[16] ALB. ROMANO, *Conclusioni. Autoritarietà, consenso e ordinamento generale*, cit.

[17] Oggi oggetto di una esplicita scelta da parte dell'ordinamento comunitario, espressa nella Carta dei diritti.

[18] In proposito si v. le osservazioni di E. CANNADA BARTOLI, *Introduzione alla responsabilità della p.a. in Italia*, cit.

tutela dei diritti: e, cioè, la rivisitazione della teoria dei diritti indegradabili, per lo più ormai ricondotti alla giurisdizione amministrativa, e l'ammissione, anche per essi e anche nel c.d. *contenuto essenziale*, di possibili (per quanto eccezionali) bilanciamenti con interessi generali contrapposti, ad opera del legislatore e dell'amministrazione attraverso l'esercizio di poteri discrezionali. L'espansione della possibilità di bilanciamenti che coinvolgano diritti fondamentali deve infatti accompagnarsi ad una generale garanzia riparatoria; altrimenti ragionando si giungerebbe alla totale negazione dei diritti che, pur legati ad interessi fondamentali della persona, si mostrano recessivi nel concreto conflitto con superiori istanze generali.

A questa pare affiancarsi un'ulteriore tendenza, che affiora oggi nella prassi prima ancora che in talune norme (speciali) e che esprime un rafforzamento della protezione dei diritti della persona: la percezione di una doverosa riparazione dei sacrifici imposti ai singoli, anche fuori dallo specifico campo della responsabilità, sia pure da atto lecito; e cioè l'emergere di un *principio di compensazione.*

All'esame di tali percorsi è dedicato il presente capitolo, che muoverà dall'esame critico degli odierni orientamenti giurisprudenziali (maturati soprattutto con riguardo al tema delle vaccinazioni obbligatorie) e delle odierne soluzioni predisposte dal legislatore per la riparazione dei pregiudizi gravi arrecati ai diritti della persona nel loro nucleo essenziale (si sceglierà come caso emblematico l'ingiusta detenzione). Su queste basi si tenterà di trasportare la questione dei diritti fondamentali lesi per altrettanto fondamentali esigenze generali dal terreno della solidarietà (oggi prevalentemente intesa, di là dalle parole, come solidarietà del danneggiato verso la collettività) a quello della tutela, e di superare così i limiti che oggi, sul terreno della teoria e della pratica, finiscono di fatto per vanificare il riconoscimento stesso dei diritti e la loro effettività.

Si accennerà poi all'affiorare del principio di compensazione quale completamento nella tutela dei diritti allorquando,

imbattendosi col potere si atteggino come interessi legittimi, senza però perdere la loro essenza di diritti oggi cristallizzata dagli ordinamenti sovranazionali.

2. *Danni derivanti da trattamenti sanitari obbligatori e doverosità della riparazione*

La giurisprudenza dominante[19] è sempre stata restia ad accogliere le indicazioni della dottrina e ad allargare l'ambito di applicazione dell'art. 42 Cost. (o dell'art. 46 l. 2359/1865) fuori delle ipotesi, rispettivamente, di espropriazione o di danno alla proprietà immobiliare[20].

Tra le prime affermazioni di un principio indennitario o di responsabilità da atto lecito oltre l'esproprio si è soliti citare alcune pronunce della Corte costituzionale in materia di vaccinazioni obbligatorie (il caso riguardava l'obbligo di sottoporre i neonati alla vaccinazione antipoliomelite)[21].

Con una prima sentenza, la n. 307/1990, la Corte ha dichiarato costituzionalmente illegittima la l. n. 51/66 che, nel disporre l'obbligo della vaccinazione antipoliomelitica, non prevedeva a carico dello Stato un'equa indennità per il caso (*statisticamente inevitabile*) di danno alla salute (contagio o altra apprezzabile

---

[19] Così ad es. Sez. un. 19 maggio 1982, n. 3085; 11 aprile 1986, n. 769; 13 maggio 1987, n. 4380; 9 marzo 1988, n. 2366; sul punto, PRINCIGALLI *Tutela della salute e vaccinazioni a rischio*, in *Foro it.*, 1990, I, 2694 ss.

[20] E ciò, come ricordato, a differenza che in Francia, dove fin dal 1964 il *Code de la santé publique* (art. 10-1) ha posto a carico dello Stato la riparazione del danno anormale derivante da vaccinazioni obbligatorie ed in Germania, che fin dal 1963 (*Bundesseuchengesetz* del 23 gennaio 1963) ha disciplinato la responsabilità oggettiva dello Stato per le medesime vaccinazioni. Così A. PRINCIGALLI *Tutela della salute e vaccinazioni a rischio*, cit., 2694 ss.

[21] Tra i primi a leggerle in questa chiave R. BIFULCO, *La responsabilità dello Stato per atti legislativi*, cit., 199; G. MANFREDI, *Indennità e principio indennitario in diritto amministrativo*, cit., 86 ss.; P. TROIANO, *La c.d. responsabilità della P.A. per atti leciti*, cit., 189 ss.; G. CORSO, *La responsabilità della pubblica amministrazione da attività lecita*, cit., 203 ss.; A. CRISMANI, *Le indennità nel diritto amministrativo*, cit., 96 ss.

malattia) del bambino vaccinato o di altro soggetto a causa dell'assistenza personale diretta prestata al primo.

Interessante, al fine di comprendere l'approccio del giudice *a quo*, è la vicenda da cui origina il dubbio di costituzionalità, riguardante un'azione risarcitoria *ex* art. 2043 c.c. esperita dalla madre di un bambino per il contagio della malattia dal figlio, sottoposto a vaccinazione obbligatoria[22]. L'impossibilità di assicurare una tutela risarcitoria tanto a titolo di illecito, in mancanza di qualsivoglia colpa dell'amministrazione, quanto a titolo di responsabilità per fatto lecito, stante l'asserita tipicità delle ipotesi, genera la rimessione alla Corte.

Nell'ordinanza *a quo* non si prendono peraltro in considerazione altri regimi di responsabilità che pur avrebbero potuto condurre ad un risarcimento della vittima e, in particolare, la responsabilità per attività pericolose, di cui all'art. 2050 c.c. Neppure la Corte prospetta vie civilistiche per la tutela del danneggiato e conduce la questione su un binario argomentativo di ordine pubblicistico.

Nell'accogliere la questione la Corte muove infatti dalla base costituzionale del trattamento sanitario obbligatorio, consentito dall'art. 32 Cost. nei casi previsti dalla legge e con il limite del *rispetto della persona umana.* Tale norma disciplinerebbe il conflitto tra dimensione individuale e collettiva della salute, consentendo la prevalenza della seconda, ma solo sulla base di «*un corretto bilanciamento fra le due … dimensioni*». L'imposizione del trattamento sanitario obbligatorio è cioè ammesso solo «*nella previsione che esso non incida negativamente sullo stato di salute di colui che vi è assoggettato, salvo che per quelle*

---

[22] Più in particolare: il giudizio di costituzionalità è stato sollevato in via incidentale dal Tribunale di Milano con ordinanza 23 febbraio 1989, nell'ambito di un processo (caso *Oprandi*) intentato da una madre al fine di ottenere il risarcimento del danno derivatole dall'aver contratto la poliomielite per contatto con il figlio, sottoposto a vaccinazione obbligatoria, lamentando che gli organi sanitari, in tale occasione, non l'avevano messa al corrente del pericolo né istruita su particolari cautele da osservare del bambino vaccinato, da lei personalmente accudito.

sole conseguenze che, per la scarsa temporaneità e scarsa entità, appaiano normali in ogni intervento sanitario e pertanto tollerabili».

Portando a svolgimento tali premesse la Corte avrebbe dunque dovuto riconoscere nel grave danno alla salute un evento delegittimante, nel caso concreto, l'imposizione del trattamento sanitario e di conseguenza avrebbe dovuto affermare la responsabilità dello Stato fondandola, nell'assenza di colpa, sul rischio *inevitabile* connesso all'attività vaccinale (e, dunque, sull'art. 2050 c.c.).

La Corte devia invece dall'ordine logico delle premesse e riconduce la tutela di colui che ha subìto le conseguenze avverse del rischio insito nel vaccino allo «*spirito di solidarietà (da ritenere ovviamente reciproca) fra individuo e collettività*» precisando che la correttezza di tale bilanciamento «*implica il riconoscimento, per il caso che il rischio si avveri, di una protezione a favore del soggetto passivo del trattamento*».

Di qui l'affermazione della necessaria previsione «*a carico della collettività, e per essa dello Stato che dispone il trattamento obbligatorio*» del «*rimedio di un equo ristoro del danno patito*»; altrimenti ragionando, prosegue la Corte, «*finirebbe con l'essere sacrificato il contenuto minimale proprio del diritto alla salute a lui garantito*»: la previsione dell'indennizzo diviene così condizione di legittimità costituzionale del trattamento sanitario obbligatorio che esponga al rischio la salute dei sottoposti.

Alla pronuncia della Corte Costituzionale ha fatto seguito la l. n. 210/1992 (*Indennizzo a favore dei soggetti danneggiati da complicanze di tipo irreversibile a causa di vaccinazioni obbligatorie, trasfusioni*), che peraltro estende il diritto all'indennizzo anche ai danneggiati (pazienti ed operatori sanitari) da trasfusioni ed emoderivati per contrazione di virus HIV o epatite virale[23],

---

[23] Dispone l'art. 1, l. 210/1992: «*Chiunque abbia riportato, a causa di vaccinazioni obbligatorie per legge o per ordinanza di una autorità sanitaria italiana, lesioni o infermità, dalle quali sia derivata una menomazione permanente della integrità psico-fisica; ai soggetti che risultino contagiati da infezioni da HIV a seguito di somministrazione di sangue e suoi derivati, nonché agli operatori sanitari che, in occasione e durante il servi-*

accomunando così ipotesi spurie, riconducibili ad un modello solidaristico puro, ad un modello di Stato-assicuratore di eventi ad esso non imputabili[24].

La quantificazione dell'indennità è compiuta dal successivo art. 2, secondo cui l'indennizzo consiste in un assegno non reversibile determinato secondo i parametri tabellari delle pensioni privilegiate per il settore pubblico, di cui alla tab. B, della l. 177/1976 (*Collegamento delle pensioni del settore pubblico alla dinamica delle retribuzioni. Miglioramento del trattamento di quiescenza del personale statale e degli iscritti alle casse pensioni degli istituti di previdenza*), integrati dall'indennità integrativa speciale di cui alla l. 324/1959 (*Miglioramenti economici al personale statale in attività ed in quiescenza*). È invece previsto un assegno *una tantum* se dall'evento derivi la morte del danneggiato.

Questa disciplina è stata poi a sua volta variamente sottoposta al sindacato della Corte Costituzionale che, nelle successive sentenze, ebbe modo di delineare con maggior precisione la fisionomia del principio affermato nella sent. 307/1990[25].

Così, di fronte al tentativo del legislatore di circoscrivere con transitorie l'applicazione della nuova disciplina[26] con sent. n. 118/1996, la Corte ribadirà il principio affermato, facendo emer-

---

zio, abbiano riportato danni permanenti alla integrità psico-fisica conseguenti a infezione contratta a seguito di contatto con sangue e suoi derivati provenienti da soggetti affetti da infezione da HIV; a coloro che presentino danni irreversibili da epatiti post-trasfusionali; nonché alle persone non vaccinate che abbiano riportato, a seguito ed in conseguenza di contatto con persona vaccinata, i danni di cui al comma 1; alle persone che, per motivi di lavoro o per incarico del loro ufficio o per potere accedere ad uno Stato estero, si siano sottoposte a vaccinazioni che, pur non essendo obbligatorie, risultino necessarie; ai soggetti a rischio operanti nelle strutture sanitarie ospedaliere che si siano sottoposti a vaccinazioni anche non obbligatorie».

[24] Secondo il modello delineato da L. DUGUIT, *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'État* (1908) tr. it. *Il diritto sociale, il diritto individuale e la trasformazione dello Stato*, Firenze, 1950.

[25] Alla sentenza 307/1990 hanno fatto seguito la 118/1996, la 27/1998, la 226/2000, la 423/2000, l'ordinanza n. 38/2000.

[26] Oggetto del giudizio è la disciplina transitoria (art. 2), con cui è esclusa l'indennità per il periodo antecedente alla presentazione dell'istanza prevista dalla stessa legge 210/1992.

gere la differenza tra le due ipotesi (eterogenee) riparatorie, entrambe disciplinate dalla l. n. 210/1992: l'indennità per il danno imputabile causalmente allo Stato e per il danno derivante da eventi ad esso estranei.

Per queste ultime ipotesi la Corte correttamente individua una logica *solidaristica pura*, legata ad «*evenienze in cui, in nome della solidarietà, la collettività assuma su di sé, totalmente o parzialmente, le conseguenze di eventi dannosi fortuiti e comunque indipendenti da decisioni che la società stessa abbia preso nel proprio interesse*». E in tali sistemi la solidarietà implica soltanto «*un dovere al quale il legislatore possa dare seguito secondo quei criteri di discrezionalità e quella necessaria ragionevole ponderazione con altri interessi e beni di pari rilievo costituzionale che valgono per i diritti previsti da norme costituzionali a efficacia condizionata all'intervento del legislatore*»[27].

---

[27] L'orientamento sarà confermato e approfondito in seguito dalla Corte. Così, con la sent. 342/2006, chiamata a pronunciarsi sulla costituzionalità dell'art. 3, co. 1, l. 210/1992 (come modificato dalla l. 238/1997) – laddove fissa un termine perentorio di 3 anni dalla conoscenza del danno per presentare l'istanza di indennizzo nel caso di vaccinazioni o di epatiti post-trasfusionali e di dieci anni nei casi di infezioni da HIV – la Corte conferma la differenza tra l'ipotesi di danno derivante da trattamento sanitario obbligatorio e «*tutte le altre evenienze in cui, in nome della solidarietà, la collettività assuma su di sé, totalmente o parzialmente, le conseguenze di eventi dannosi fortuiti e comunque indipendenti da decisioni che la società stessa abbia preso nel proprio interesse*». Nel rigettare la questione, rientrante nell'ambito «*delle scelte spettanti al legislatore in materia di diritti sociali*», osserva che in astratto non è predicabile una disparità di trattamento tra soggetti danneggiati a seguito di trattamenti obbligatori e soggetti lesi a seguito di trasfusione, poiché in quest'ultima ipotesi «*l'indennizzo consiste in una misura di sostegno economico fondata, non già … sul dovere dello Stato di evitare gli effetti teratogeni degli interventi terapeutici, ma sulla solidarietà collettiva garantita ai cittadini, alla stregua degli artt. 2 e 38 della Costituzione, a fronte di eventi generanti una situazione di bisogno*».

Significativamente la sent. n. 28 del 2009 affermerà che tale indennizzo costituisce «*misura che trova fondamento nella insufficienza dei controlli sanitari predisposti nel settore*». Più recentemente, interrogata sulla legittimità costituzionale dell'art. 11, co. 13 e 14, d.l. n. 78/2010, conv. con mod. con l. n. 122/2010 (norma che, intervenendo su un contrasto giurisprudenziale, negava la rivalutabilità della componente dell'indennizzo di cui all'art. 2, co. 2, l. 210/1992 -assegno integrativo una tantum), la Corte (con sent. n. 293/2011) ribadirà la natura dell'intervento compensativo di «*misura di*

All'opposto, nelle ipotesi di riparazione di pregiudizi arrecati al diritto alla salute da attività riconducibili a scelte della collettività (e non ad eventi ad essa estranei), il riferimento alla solidarietà «*comporta un vero e proprio obbligo, cui corrisponde una pretesa protetta direttamente dalla Costituzione. Sarebbe contrario al principio di giustizia che ... il danno in questione venisse considerato come un qualsiasi evento imprevisto al quale si sopperisce con i generali strumenti della pubblica assistenza, ovvero ancora si subordinasse la soddisfazione delle pretese risarcitorie del danneggiato all'esistenza di un comportamento negligente altrui, comportamento che potrebbe mancare*».

È questa una sentenza di particolare importanza[28] poiché configura, per gli eventi imputabili alla collettività, un principio di necessaria riparazione connotato da una doverosità già a livello costituzionale, con la conseguenza di escludere ogni discrezionalità del legislatore sia nell'*an* della riparazione – in quanto «*discendente dall'art. 32 in collegamento con l'art. 2*» – sia, pur

sostegno assistenziale disposta dal legislatore nell'ambito della propria discrezionalità» «*fondato sulla solidarietà collettiva garantita ai cittadini, alla stregua dei citati artt. 2 e 38 Cost., a fronte di eventi generanti una situazione di bisogno*». Posta questa distinzione teorica, la Corte riconosce che l'indennità attribuita ai soggetti irreversibilmente danneggiati a causa di trasfusioni, è espressione della discrezionalità legislativa e che dunque «*non è ravvisabile irrazionale disparità di trattamento dei soggetti danneggiati in modo irreversibile da emotrasfusioni rispetto a quanti abbiano ricevuto una menomazione permanente alla salute da vaccinazioni obbligatorie, trattandosi di situazioni diverse che non si prestano ad entrare in una visione unificatrice*». La distinzione tracciata dalla Corte tra soggetti lesi da trattamenti obbligatori (il cui *diritto* all'indennizzo si fonda sugli artt. 2 e 32 Cost.) e soggetti danneggiati per l'effetto di trattamenti terapeutici non obbligatori né incentivati è accolta criticamente da una parte della dottrina, per la quale v. M. ESPOSITO, *Indennizzo per violazione del diritto alla salute o indennizzo per espropriazione*, in *G. Cost.*, 2006, V, 3403 ss., il quale rinviene in entrambe le ipotesi un comune fondamento e, cioè, la lesione dell'integrità psico-fisica della persona (fermo restando che «*potrebbe ritenersi ammissibile che il legislatore gradui la misura dell'indennizzo in relazione ai fatti causativi delle patologie*»), rigettando la distinzione concettuale della Corte, la quale sottenderebbe «*inammissibilmente la non indefettibilità dei diritti sociali all'ordine costituzionale, laddove è ormai acquisita la loro coessenzialità alla configurazione giuridico-positiva del principio democratico e di quelli di libertà e di eguaglianza*» (ID., *ibid.*).

[28] Se ne ricorderà il relatore: Gustavo Zagrebelsky.

con qualche ambiguità, nel *quantum*: la misura, cui si deve riconoscere «*natura equitativa*» non può «*essere irrisoria*» e deve «*tenere conto di tutte le componenti del danno stesso*».

Tuttavia, nelle successive sentenze, la parabola dei due profili di doverosità seguirà percorsi diversi: sarà rafforzata nell'*an* e svuotata nel *quantum.*

Così con le sentenze nn. 27/1998, 226 e 423/2000, 293/2011, 107/2012, la Corte ribadirà il dovere di prevedere una riparazione e, anzi, ne estenderà l'ambito di applicazione[29].

Verrà così confermato il principio «*che non é lecito, alla stregua degli artt. 2 e 32 della Costituzione, richiedere che il singolo esponga a rischio la propria salute per un interesse collettivo, senza che la collettività stessa sia disposta a condividere, come é possibile, il peso delle eventuali conseguenze negative*»[30].

Il dovere di predisporre misure riparatorie verrà poi esteso a coprire, oltre alle vaccinazioni obbligatorie, anche quelle incentivate dall'amministrazione, quelle, cioè, promosse in vista della diffusione capillare nella società, facendo appello «*alla collaborazione dei singoli a un programma di politica sanitaria*». La medesima solidarietà che fonda tale collaborazione opera, ad avviso della Corte, nella direzione opposta, a determinare il dovere della collettività di «*accollarsi l'onere del pregiudizio individuale*»

---

[29] Affermerà qui con chiarezza la Corte che «*una differenziazione che negasse il diritto all'indennizzo in questo secondo caso si risolverebbe in una patente irrazionalità della legge. Essa riserverebbe infatti a coloro che sono stati indotti a tenere un comportamento di utilità generale per ragioni di solidarietà sociale un trattamento deteriore rispetto a quello che vale a favore di quanti hanno agito in forza della minaccia di una sanzione*». In termini Corte cost., n. 107/2012 sulla vaccinazione trivalente, la quale censura l'irragionevolezza della scelta a fronte delle campagne di informazione e raccomandazione. Il tema delle vaccinazioni non obbligatorie estese a patologie non rischiose per la salute, quali morbillo, rosolia e parotite, aprono il capitolo sulla legittimità stessa del trattamento sanitario obbligatorio e sulla necessità di un consenso informato. Il che sembra connotare di illecito, questa volta senz'altro (gravemente) colposo, tutti i danni che derivano da vaccinazioni incentivate, implicanti rischi per la salute non compensati dai rischi abbattuti dal vaccino e soprattutto non comunicati adeguatamente nelle campagne di sensibilizzazione.

[30] C. cost. n. 27/1998.

piuttosto che non lasciare «*i singoli danneggiati a sopportare il costo del beneficio collettivo*»[31].

Sull'affermazione di tale doverosità si fondano le attuali tesi che dalle posizioni della Corte costituzionale derivano, nell'area dei diritti non patrimoniali, l'operatività di un generale principio indennitario. L'orientamento della Corte è stato peraltro esteso in alcune pronunce del giudice ordinario ai danni causati da vaccinazioni non obbligatorie ma incentivate e non ricomprese nel novero di quelle che hanno costituito oggetto di giudizi di costituzionalità[32].

Nonostante tali aperture la giurisprudenza prevalente è tuttavia ferma nell'idea della tipicità delle ipotesi e, pur riconoscendo il dovere dello Stato di riparare i danni alla salute derivanti da vaccinazioni dal medesimo incentivate, rivolge tale dovere al legislatore e conferma la necessità di far valere la sua violazione nell'ambito del giudizio di legittimità costituzionale[33].

3. (*Segue*) *La debole garanzia indennitaria delineata dalla Corte costituzionale*

La garanzia dell'indennizzo, affermata in modo chiaro dalla Corte, nasce tuttavia con un vizio di origine: il fondamento soli-

---

[31] Così C. cost. n. 107/2012. La sentenza riguarda la vaccinazione contro il morbillo, la parotite, la rosolia. La comparazione dei rischi (evidentemente non gravi) derivanti da simili malattie e la gravità delle reazioni avverse (senz'altro quelle conseguenti ad uno specifico farmaco impiegato) avrebbe forse dovuto condurre a mettere in discussione la stessa legittimità della campagna vaccinale, riconducendo la responsabilità alla colpa dell'amministrazione o quantomeno all'esercizio di un'attività rischiosa *ex* art. 2050 c.c.

[32] Tra le pronunce dei giudici di merito che hanno interpretato estensivamente le pronunce della Corte costituzionale in materia di vaccinazioni incentivate, riconoscendo il diritto all'indennizzo, *ex* art. 1, l. n. 210/ 1992, a fronte di danni derivanti da vaccinazioni incentivate ma diverse da quelle specificamente oggetto delle pronunce della Corte costituzionale, le sentenze, del Trib. Milano, 13 dicembre 2007, Corte App. Campobasso, 12 giugno 2006, Corte App. Sassari, 5 agosto 2004, tutte citate dal Tribunale di Ancona 21 dicembre 2010 n. 214 (ordinanza di rimessione della sent. n. 107/2012).

[33] In tal senso v. P. TROIANO, *La c.d. responsabilità della P.A. per atti leciti*, cit., 177 ss.

daristico. Il richiamo alla solidarietà non è infatti qui inteso nel senso evocato nelle riflessioni dei civilisti a fondamento di una piena responsabilità e della sua estensione alle ipotesi in cui appaia intollerabile abbandonare il danneggiato senza trasferire il danno sul danneggiante.

Il senso è qui diverso e opposto: la solidarietà è concepita quale modello alternativo alla tutela (piena) del diritto. Ad avviso della Corte, «*in un contesto di irrinunciabile solidarietà … la misura indennitaria appare per se stessa destinata non tanto, come quella risarcitoria, a riparare un danno ingiusto, quanto piuttosto a compensare il sacrificio individuale ritenuto corrispondente a un vantaggio collettivo: sarebbe, infatti, irragionevole che la collettività possa, tramite gli organi competenti, imporre o anche solo sollecitare comportamenti diretti alla protezione della salute pubblica senza che essa poi non debba reciprocamente rispondere delle conseguenze pregiudizievoli per la salute di coloro che si sono uniformati*»[34].

Qui solidarietà, di là dalle parole, vale a impedire la parificazione del danno (grave e talora gravissimo) al *danno ingiusto*, del dovere di indennizzo alla responsabilità e vale a giustificare una garanzia di fatto attenuata.

Attraverso il richiamo alla solidarietà l'affermazione della necessità della riparazione sarà svuotata nel suo contenuto e privata della doverosità nel *quantum:* la Corte creerà una riserva di valutazione discrezionale in capo al legislatore che aprirà, riguardo alla salute, la medesima stagione di indennizzi *irrisori* che fino agli interventi della Cedu si è conosciuta riguardo al diritto di proprietà.

Si affermerà anche qui il limite del sindacato di legittimità della Corte, corrispondente alle scelte del legislatore ragionevoli, quanto a valori bilanciabili, anche laddove motivate da esigenze di contenimento della spesa pubblica[35].

---

[34] C. Cost. n. 107/2012.

[35] In senso di assoluta critica per la costruzione solidaristica del modello che di fatto oblitera il richiamo al diritto alla salute si v. S. MANGIAMELI, *Il contributo dell'e-*

La sentenza cui deve ricondursi l'*incipit* di questa lettura restrittiva dell'indennizzo è la n. 27/98. Se nella precedente sentenza 118/1996 la Corte aveva riconosciuto che, pur nel carattere equitativo della misura, questa avrebbe dovuto «*tenere conto di tutte le componenti del danno stesso*», ora il carattere equitativo diverrà poi «*discrezionale*», «*com'è possibile*» con il solo limite dell'*irrisorietà.*

Così, interrogata sulla legittimità di un'ulteriore decurtazione, *ratione temporis*, dell'indennità[36], la Corte farà salve le norme impugnate, osservando che non le sia dato di «*sovrapporre le proprie valutazioni di merito a quelle che spettano e sono riservate al legislatore*»; «*le determinazioni volte a predisporre i mezzi necessari a far fronte alle obbligazioni dello Stato*» sono fatte rientrare «*nella materia dei cosiddetti diritti sociali*» e nelle «*politiche sociali*»: in questi termini l'indennizzo è «*misura di solidarietà sociale*».

Il diritto scolora: si afferma esplicitamente che esso è garantito «*nell'*an *ma non nel* quantum»; e si affermano le esigenze di contenimento della spesa pubblica, come ragionevolmente prevalenti sul diritto alla riparazione: «*Solo il legislatore è, infatti, costituzionalmente abilitato a compiere gli apprezzamenti necessari a comporre nell'equilibrio del bilancio le scelte di compatibilità e di relativa priorità nelle quali si sostanziano le politiche sociali dello*

---

sperienza costituzionale italiana alla dommatica europea della tutela dei diritti fondamentali, in *Consulta on line*, 2006, nota 190.

[36] Si tratta, della decurtazione per il periodo intercorrente tra il danno e la presentazione della domanda, del settanta per cento dell'indennità, con ulteriore esclusione di interessi e rivalutazione, prevista da una catena di decreti legge (per gli anni 1995 e 1996, dall'art. 6 del d.l. n. 344/1996 e dall'art. 7 del d.l. n. 450/1996; il primo decaduto per decorrenza dei termini, il secondo abrogato dall'art. 8 del d.l. n. 548/1996, gli effetti dei quali sono stati tuttavia salvati dall'art. 1, comma 2, della l. 641/1996) e poi dall'art. 7 del d. l. n. 548/1996, convertito, con modificazioni, nella l. 641/1996; per l'anno 1997, dell'art. 1 del d. l. n. 92/1997 (*Modifiche ed integrazioni alla legge 25 febbraio 1992, n. 210, in materia di indennizzi ai soggetti danneggiati da vaccinazioni obbligatorie, trasfusioni ed emoderivati*), decreto non convertito in legge, i cui effetti sono stati tuttavia salvati dagli artt. 1 e 2, l. 238/1997, recante il medesimo titolo.

Stato». Sicché «*la stessa differenziazione del regime di determinazione dell'indennità per il passato, rispetto a quello per il futuro, può trovare giustificazione alla stregua delle valutazioni, spettanti al legislatore, circa le conseguenze di ordine finanziario derivanti dalle misure predisposte*».

In questo quadro, un limite alla scelta del legislatore «*di ciò che ha da essere l'indennizzo "equo", in relazione e nei limiti delle possibilità della situazione data*», sarebbe configurabile solo «*in quanto esso risultasse tanto esiguo da vanificare, riducendolo a un nome privo di concreto contenuto, il diritto all'indennizzo stesso*».

Nelle successive pronunce la Corte, nonostante le critiche rivolte da una parte della dottrina[37], confermerà l'impianto, che ad oggi non risulta messo in discussione. Ancora di recente, con sent. 104/2012, la Corte ha riaffermato l'assunto di base: «*In un contesto di irrinunciabile solidarietà … la misura indennitaria appare per se stessa destinata non tanto, come quella risarcitoria, a riparare un danno ingiusto, quanto piuttosto a compensare il sacrificio individuale ritenuto corrispondente a un vantaggio collettivo*».

Siffatta costruzione che, pur affermando il carattere fondamentale del diritto alla salute, ne delinea, anche nel suo nucleo essenziale, una fisionomia di diritto finanziariamente condizionato, sembrerebbe così palesemente lontana dalle sensibilità culturali odierne da non richiedere maggiori osservazioni.

Non sembrerebbe cioè necessario l'ovvio paragone con il percorso compiuto dalla stessa Corte costituzionale in materia di indennità di esproprio (e cioè in relazione ad un diritto che nell'ordine valoriale della nostra Costituzione è senz'altro in sottordine rispetto alla vita e all'integrità psico-fisica), né invocare i diritti fondamentali garantiti dalla Cedu e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea o l'effettività di tutela pretesa

---

[37] Per tutti R. CARANTA, *Danni da vaccinazione e responsabilità dello Stato*, cit., 1352; F. GIARDINA, *Vaccinazione obbligatoria, danno alla salute e «responsabilità» dello Stato*, in *Giur. cost.*, 1990, 1880 ss.; S. MANGIAMELI, *Il contributo dell'esperienza costituzionale italiana alla dommatica europea della tutela dei diritti fondamentali*, cit., nota 190.

da tali livelli sovranazionali; né richiamare i percorsi interni in materia di diritti cosiddetti *indegradabili.*

Un simile percorso appare tuttavia necessario attesa l'esigenza di sormontare un consolidato orientamento della Corte costituzionale e una consolidata mentalità abituata a rappresentare il diritto, specie non patrimoniale, come recessivo rispetto all'interesse pubblico prevalente. Sono queste, peraltro, problematiche che, come si vedrà, non riguardano solo le vacanazioni ma ineriscono in generale alla tutela dei diritti fondamentali nelle ipotesi di conflitto con altri diritti di pari grado ma di rilievo collettivo e per questo incarnati in altrettanti interessi pubblici[38].

4. *Considerazioni critiche sulla giurisprudenza costituzionale in materia di danni da vaccinazioni*

Varie sono le ragioni per cui la posizione della Corte costituzionale meriterebbe di essere rivista.

Ed esse derivano essenzialmente dalla natura di diritto fondamentale riconosciuto sia dalla nostra Costituzione che dalla Cedu, che dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea alla vita, all'integrità psico-fisica e alla salute, quantomeno nella sua valenza di libertà negativa.

Tale caratteristica dei diritti fondamentali, definita ora dall'inviolabilità ora dall'inerenza alla persona umana, è funzionale a sottolineare la loro valenza caratterizzante lo Stato di diritto, quali principi supremi dell'ordinamento che «*qualificano altresì la stessa struttura democratica dello Stato, la quale verrebbe sovvertita qualora questi fossero diminuiti, decurtati o violati*»[39]. Si tratta cioè di diritti per i quali, nel conflitto con il potere pubblico, di regola non è l'esigenza del singolo individuo a dover es-

---

[38] Sulle quali, S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità: profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011, 249 ss.

[39] *I diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte Costituzionale. Relazione predisposta in occasione dell'incontro della delegazione della Corte costituzionale con il Tribunale costituzionale della Repubblica di Polonia.* Varsavia, 30-31 marzo 2006, 1.

sere sacrificata per affermare quella della collettività ma è al contrario «*l'esigenza della collettività a dovere essere sacrificata per affermare quella del singolo individuo che vanti un diritto incomprimibile come … può essere quello alla salute e perfino alla vita*». Tale diritto infatti «*concerne un unico soggetto, ma il valore etico-giuridico del bene tutelato a suo favore è ciononostante ascrivibile all'intera comunità umana proprio in ragione della sua portata universale*»[40]. Ammettendo, in casi di assoluta eccezionalità, la compressione di un siffatto diritto nella sua essenza, non può legittimamente costruirsi una tutela depotenziata e rimessa all'astratta e irrisoria[41] tutela indennitaria di cui alla l. n. 210/1992: e, cioè, ad un «*vuoto simulacro … di fronte ad un diritto fondamentalissimo, come quello alla salute*»[42], peraltro contrastante con il modello di indennizzo (concreto ed effettivo) delineato dalla medesima Corte (sia pur dietro le sollecitazioni della Corte di Strasburgo) riguardo alla proprietà espropriata. Ne sarebbe vanificata l'affermazione stessa del diritto e l'effettività della sua tutela, sancita dall'art. 24 della Costituzione.

Peraltro la situazione è aggravata dal deficit del sistema di tutela anche sul piano civilistico.

In linea teorica, come si è detto, l'applicazione delle regole di diritto civile potrebbe condurre a sottoporre la responsabilità dello Stato che ha imposto o sollecitato il vaccino non alla disciplina dell'illecito colposo *ex* art. 2043 c.c. ma alla disciplina delle attività pericolose di cui all'art. 2050 c.c. (che imputa la responsabilità sulla base del rischio, incluso anche il rischio da sviluppo scientifico): tuttavia la Cassazione, sulla base di un ragionamento formalistico, è ferma nell'escludere tale titolo di responsabilità ri-

---

[40] S. Cognetti, *Principio di proporzionalità*, cit., 249 ss.

[41] Concretamente l'importo – che per il 2012 non raggiunge i diecimila euro annui – senz'altro non costituisce una seria copertura dei danni che possono effettivamente determinarsi. Si pensi ad es. al caso, citato, che ha originato la pronuncia della C. Cost. n. 307/1990, in cui il soggetto danneggiato era il genitore che aveva contratto la poliomelite con paralisi spinale persistente.

[42] R. Caranta, *Danni da vaccinazione e responsabilità dello Stato*, cit., 1352.

tenendo «*rilevante, a tal fine, che il Ministero – sotto questo profilo – non svolge in concreto attività imprenditoriale in relazione all'acquisto e distribuzione di prodotto immunizzato antipolio, ma soltanto di controllo e vigilanza a tutela della salute pubblica. Al che consegue l'insussistenza di una sua eventuale responsabilità per attività pericolosa, ai sensi dell'art. 2050 c.c.*»[43].

Si consideri peraltro che la Cassazione, nell'escludere la responsabilità del Ministero *ex* art. 2050 c.c., ha evocato, senza peraltro pronunciarsi sul punto, quel titolo di responsabilità (derivante dallo svolgimento di attività pericolose) per il produttore. Sarebbe questa una responsabilità che, individuando nel produttore il soggetto cui imputare la responsabilità per il rischio insito nel vaccino, potrebbe assicurare la tutela effettiva del danneggiato. Tuttavia la Corte di Giustizia[44] ha recentemente ricondotto la responsabilità del produttore di farmaci alla regola generale della responsabilità per danno da prodotti difettosi (e non da attività pericolose) posta dalla direttiva 85/374/CEE, che esclude sia il c.d. rischio da sviluppo scientifico sia da difetto non esistente né conoscibile al momento della messa in circolazione del prodotto[45].

Per come è andato congegnandosi il sistema, la tutela indennitaria di cui alla l. n. 210/1992 costituisce, dunque, in assenza di colpa, l'unica forma di tutela per il danneggiato.

Sicché non è possibile recuperare la razionalità dell'attuale sistema indennitario, come pure si è tentato, nella logica del rimedio ulteriore, individuando il *proprium* dell'indennizzo rispetto al risarcimento non tanto «*in una sorta di* deminutio *del-*

---

[43] Cass. civ., sez. III, n. 9406/2011.

[44] Corte di Giustizia, sez. V, 25 aprile 2002, n. C-183/00; sul punto v. M. FRANZONI, *L'illecito*, cit., 662. È questa una sentenza che, di là dai trattamenti obbligatori in cui si intromette la responsabilità dello Stato, nei suoi risvolti di impedimento della tutela dei danneggiati in generale dall'attività farmaceutica per il rischio in essa insito (neppure nei limiti dell'indebito arricchimento), sembrerebbe potersi prestare ad un'applicazione della c.d. teoria dei contro-limiti.

[45] In proposito *amplius*, M. FRANZONI, *L'illecito*, cit., ed ivi ulteriori indicazioni; C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., 685 ss.

l'indennizzo rispetto al risarcimento» quanto piuttosto «*in una logica diversa*»[46]: l'indennizzo risponderebbe alla «*filosofia della certezza e dell'automatismo*». Sicché il *minus* rispetto al risarcimento dipenderebbe non da un'intrinseca natura dell'indennizzo ma dalla scelta in favore di «*parametri di certezza, di immediatezza, di automatismo*» in luogo di una valutazione che «*si personalizza attraverso l'operato di un giudice*» chiamato nella singola vicenda a risolvere il conflitto aquiliano attraverso il bilanciamento degli opposti interessi.

Chiusa la strada ad un'azione di responsabilità fondata sul rischio, la via dell'indennizzo appare non una tutela *ulteriore* ma la tutela *esclusiva* del diritto alla salute. Tale soluzione pertanto deve confrontarsi con lo *standard* di effettività preteso a livello sovranazionale in cui tale diritto trova non più esclusivamente un luogo di tutela di ultima istanza ma la definizione di un regime ormai proprio di un ordinamento unitario, pur se articolato su diversi livelli istituzionali[47].

5. *L'ingiusta detenzione e la riparazione dell'errore giudiziario tra persona e danno*

Un ulteriore esempio, emblematico del lento affiorare della tutela dei diritti personali lesi nell'ambito di attività pubbliche lecite, dei limiti dell'approccio *indennitario*, e della timidezza delle nostre Corti, è costituito dal regime della riparazione per l'ingiusta detenzione, di cui artt. 314 ss. c.p.p.[48].

---

[46] F. BUSNELLI, *Il danno alla salute tra risarcimento e indennizzo*, in *Riv. inf. mal. prof.*, 1999, 317 ss. e in part. 321.

[47] M. CARTABIA, *L'ora dei diritti*, cit., 13-66; E. SCODITTI, *Il giudice comune e la tutela dei diritti fondamentali di fonte sovranazionale*, in *Foro it.*, 2010, V, 42; F. MANGANARO, *Il potere amministrativo nella giurisprudenza della corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 428 R. MASTROIANNI, *Diritti dell'uomo e libertà economiche fondamentali nell'ordinamento dell'Unione europea: nuovi equilibri? Dir. Un. Eur.*, 2011, 319.

[48] Sottolinea, in senso critico, tale emblematicità, P. PERLINGIERI, *Le funzioni della responsabilità civile*, cit., 115.

La norma, introdotta per la prima volta nel nostro ordinamento con l'approvazione nel 1988 del nuovo codice di procedura penale, contempla una misura compensativa a vantaggio del soggetto ingiustamente sottoposto a misure cautelari detentive, mediante il riconoscimento del diritto ad una «*equa riparazione*»[49]. Nonostante la declamata equità della riparazione, per essa la legge pone un limite massimo: non può eccedere un importo di poco più di cinquecentomila euro[50].

Altra e parzialmente diversa è invece la disciplina dell'errore giudiziario, posta dall'art. 647 c.p.p.: la quale attribuisce a colui che sia stato prosciolto in sede di revisione, il diritto ad una riparazione «*commisurata alla durata dell'eventuale espiazione della pena o internamento e alle conseguenze personali e familiari derivanti dalla condanna*». In questa ipotesi la legge non pone limiti di importo. A differenza dell'ingiusta detenzione, la riparazione per l'errore di giudicato era già presente nell'abrogato Codice Rocco e trovò poi riconoscimento nell'art. 24, co. 4, Cost. che rimette alla legge di determinare «*le condizioni e i modi per la riparazione degli errori giudiziari*».

Il mancato riconoscimento, sino alla fine degli anni ottanta, di un'indennità al cittadino ingiustamente sottoposto a misura cautelare è stato sottoposto all'attenzione della Corte Costituzionale la quale, pur riconoscendo nell'art. 24, co. 4, Cost. un «*principio di altissimo valore etico e sociale che rappresenta un coerente sviluppo del dettame generale volto alla tutela dei diritti inviolabili dell'uomo*», ha tuttavia ritenuto non fondata la questione giacché

---

[49] L'art. 314 co. 1, c.p.p. disciplina l'ipotesi della c.d. ingiustizia sostanziale, che ricorre quando vi è proscioglimento con sentenza irrevocabile perché il fatto non sussiste, per non aver commesso il fatto, perché il fatto non costituisce reato o non è previsto dalla legge come reato. A tale ipotesi il successivo co. 3 equipara la sentenza di non luogo a procedere e il provvedimento di archiviazione. Il co. 2 contempla invece l'ipotesi della c.d. ingiustizia formale, che ricorre quando la custodia cautelare è stata applicata senza che ricorressero le condizioni di applicabilità previste dagli artt. 273 e 280 c.p.p.

[50] L'importo, originariamente limitato a cento milioni di lire è stato innalzato dalla l. 479/99 a 516.456,90 euro.

la norma costituzionale conterrebbe un rinvio al legislatore ordinario, anche per la definizione del concetto di «*errore giudiziario*» suscettibile di riparazione. Ricorre anche qui, a proposito della libertà personale, il richiamo alla *discrezionalità del legislatore*, non solo (e non tanto) nel *quantum*, ma addirittura nell'*an*[51].

Entrambe le misure riparatorie sono dalla dottrina e giurisprudenza dominanti ricondotte nell'alveo della c.d. responsabilità da atto lecito: «*La detenzione, ancorché rivelatasi ingiusta, non è, né comunque diviene, un fatto illecito generatore di responsabilità aquiliana; l'ingiustizia della detenzione, infatti, costituisce il necessario presupposto per l'insorgere del diritto all'equa riparazione, la cui fonte va individuata non nelle norme civili in materia di fatto illecito, ma nelle norme del codice di procedura penale, che prevedono una responsabilità derivante da un atto legittimo di carattere autoritativo*»[52]. Più in particolare predomina l'opinione, accolta anche dalla Corte costituzionale, secondo cui la disposi-

---

[51] Così Corte Cost., n. 1/1969 di cui sembra opportuno riportare le non sempre lineari affermazioni, le quali muovono dal riconoscimento che «*L'ultimo comma dell'art. 24 della Costituzione enuncia un principio di altissimo valore etico e sociale, che va riguardato – sotto il profilo giuridico – quale coerente sviluppo del più generale principio di tutela dei "diritti inviolabili dell'uomo" (art. 2), assunto in Costituzione tra quelli che stanno a fondamento dell'intero ordinamento repubblicano … tuttavia … per la sua formulazione in termini estremamente generali, il principio della riparazione degli errori giudiziari postula l'esigenza di appropriati interventi legislativi … stando le cose, la necessità poco sopra rilevata di norme legislative di attuazione, almeno e sicuramente per gli aspetti in largo senso strumentali, sta a mostrare come una eventuale dichiarazione di illegittimità costituzionale che si fondasse sulla sola parzialità della disciplina, rischierebbe intanto di condurre ad un regresso della situazione normativa, riaprendo un vuoto che non sarebbe colmabile in sede di interpretazione*». A commento dell'orientamento della Corte si rinvia alle osservazioni svolte da Santi Romano in merito alla necessità di una riparazione; sul punto v. *infra* Capitolo I, Parte II.

[52] Così, Cass. pen., sez. VI, 18 dicembre 1991; in termini Cass. pen., sez. IV, 1 novembre 2009, n. 43978, secondo cui «*Trattasi di una specie di indennità o indennizzo che si ricollega alla figura dell'"atto lecito dannoso": l'atto lesivo che ne sta alla base è stato infatti emesso nell'esercizio di un'attività legittima (e doverosa) da parte degli organi dello Stato, anche se, in tempi successivi, ne è stata dimostrata (non l'illegittimità, ma) l'erroneità o l'ingiustizia*».

zione realizzerebbe un intervento di tipo solidaristico a favore della vittima dell'ingiusta detenzione[53]. E che esso risponde, di là dai casi di illecito, al rischio statistico insito nell'esercizio della funzione giurisdizionale.

È questa una lettura accolta con particolare favore dalla giurisprudenza poiché consente di sganciare tale riparazione dal rigore di un giudizio risarcitorio fondato sull'art. 2043 c.c.: «*se il legislatore avesse costruito la riparazione dell'errore giudiziario, o dell'ingiusta detenzione, come risarcimento dei danni avrebbe dovuto richiedere, per coerenza sistematica, che il danneggiato fornisse non solo la dimostrazione dell'esistenza dell'elemento soggettivo, fondante la responsabilità per colpa o per dolo, nelle persone che hanno agito, ma anche la prova dell'entità dei danni subiti*»[54]. Con l'ulteriore conseguenza di escludere «*dal paradigma applicativo degli artt. 314 e 643 c.p.p. tutte le ipotesi di errore dovute al caso fortuito*»[55].

Ferma questa cornice comune, la disciplina legislativa dei due istituti presenta evidenti differenze, sottolineate sia in dottrina sia in giurisprudenza[56].

---

[53] Corte cost. n. 219/2008; Cass. pen., sez. IV, 1 novembre 2009, n. 43978; sez. IV, 25 novembre 2003, n. 2050; sez. un., 13 gennaio 1995, n. 1, secondo cui «*La riparazione … non si riallaccia al rapporto proprio del danno risarcibile e prescinde dalla prevedibilità di esso e dalla colpa del fatto causante. È un diritto che si costituisce sulla base di un rapporto lecito e di una attività legittima, quale è quella statuale giudiziaria, e si fonda su un danno obiettivamente ingiusto causato da quella attività. Scaturisce, quindi, da un rapporto di solidarietà civile*». In dottrina si ved., per tutti, M.G. COPPETTA, *La riparazione per ingiusta detenzione*, Padova, 1993, 224, in nota, la quale precisa che «*lo spunto solidaristico … non ha alcun punto di contatto con il concetto di assistenza che in passato aveva configurato l'intervento statuale come sussidio caritativo, condizionato al bisogno personale e familiare della vittima*».

[54] Così Cass. pen., sez. IV, 25 novembre 2003, n. 2050, *Barillà*.

[55] E. TURCO, *Ingiusta detenzione e riparazione del danno esistenziale*, in *Cass. Pen.*, 2008, 12, 4735.

[56] M. GIALUZ, *Sub art. 643 c.p.p.*, in *Codice di procedura penale commentato* a cura di A. Giarda, G. Spangher, Milano, 2007, 5632, relativamente ai criteri di quantificazione dell'indennizzo; L. SCOMPARIN, *Riparazione dell'errore giudiziario*, in *Digesto pen.*, XI, Torino, 1997, 319; C. FIORIO, *Sub art. 643 c.p.p.*, in *Codice di procedura penale*

E così, mentre nell'istituto disciplinato dall'art. 314 c.p.p. il legislatore parla di «*equa*» riparazione per ingiusta detenzione, questo aggettivo non compare nella disciplina dell'errore giudiziario posta dall'art. 643 c.p.p.[57]. Ancora, la disciplina dell'ingiusta detenzione collega l'obbligazione pecuniaria alla sola «*custodia cautelare subìta*», senza contemplare «*le conseguenze personali e familiari derivanti dalla condanna*», viceversa previste dall'art. 643 c.p.p. Unicamente per le ipotesi di custodia cautelare ingiustamente subita il legislatore fissa infine, come si è detto, un tetto massimo all'entità della riparazione. A fondamento di tali differenze è generalmente posta la «*diversità della natura del titolo privativo della libertà personale nell'ingiusta detenzione (un titolo provvisorio soggetto a verifiche successive e assistito dalla previsione di non colpevolezza) rispetto alle conseguenze, di ben altro rilievo, provocate da una condanna non più soggetta ad impugnazione e atta a rimuovere l'indicata presunzione*»[58]: di qui la possibilità, riconosciuta per la (sola) riparazione dell'errore giudiziario, di fare riferimento a criteri di liquidazione di tipo risarcitorio, parametrati al danno concretamente cagionato dall'errore giudiziario, «*fermo restando che, anche in questo caso, la riparazione non diverrà di tipo risarcitorio ma continuerà a mantenere il carattere di indennizzo*»[59].

---

ipertestuale a cura di A. Gaito, Torino, 2001, 2168, i quali si appuntano anche sulla diversità delle condizioni ostative al sorgere del diritto alla riparazione. In senso contrario M.G. COPPETTA, *La riparazione per ingiusta detenzione*, cit., 217 ss. In giurisprudenza si v., *ex multis*, Cass. pen., sez. IV, 11 luglio 2007, n. 39815.

[57] Ciò a differenza di quanto previsto dall'art. 571 dell'abrogato codice di rito.

[58] Così Cass. pen., sez. IV, 25 novembre 2003, n. 2050, *Barillà*.

[59] Cass. pen., sez. IV, 11 luglio 2007, n. 39815; il rilievo non ha importanza esclusivamente teorica. Infatti, se pure l'opzione per i «criteri risarcitori» impone al giudice il rispetto delle regole civilistiche applicabili al risarcimento del danno (per cui, secondo Cass., 39815/07 cit. «*non potrebbe, il giudice della riparazione dell'errore giudiziario, dopo aver optato per il criterio risarcitorio, liquidare danni che, in base alla disciplina applicabile ai danni civili, non siano ritenuti risarcibili o con criteri confliggenti con tali regole*»), il giudizio mantiene caratteri di specialità. Ne deriva, ad es., che il privato danneggiato avrebbe un mero onere di allegazione dei fatti posti a fondamento della richiesta «risarcitoria», non applicandosi il principio dispositivo posto dal-

Più in particolare «*le ipotesi di riparazione per l'ingiusta detenzione e per l'errore giudiziario costituiscono casi emblematici di riparazione delle conseguenze provocate dallo sconvolgimento esistenziale che procurano una detenzione, una sottoposizione a processo e una condanna ad una lunga pena da espiare, poi rivelatesi ingiuste, e da cui conseguono la privazione della libertà personale, l'interruzione delle attività lavorative e di quelle ricreative, l'interruzione dei rapporti affettivi e di quelli interpersonali, il mutamento radicale peggiorativo, e non voluto, delle abitudini di vita e altre che è superfluo precisare*». Tuttavia «*mentre la riparazione per l'ingiusta detenzione è diretta a riparare le conseguenze di questo evento esauritosi nella privazione della libertà personale – la riparazione dell'errore giudiziario è diretta a ripristinare (per quanto possibile) una situazione antecedente ad una condanna passata in giudicato, a limitare le conseguenze dell'essere stato sottoposto a processo e condannato in via definitiva, a ristorare un'eventuale privazione della libertà personale conseguente non ad un accertamento provvisorio, quale quello connaturato alle misure cautelari, ma a seguito di un accertamento definitivo della colpevolezza*»[60]. Pertanto, mentre nella riparazione dell'errore giudiziario il giudice potrà valutare e liquidare separatamente le singoli componenti del danno patito, nell'ingiusta detenzione *ex* art. 314 c.p.p. è il legislatore che individua forfettariamente l'importo volto a ristorare tutti i possibili pregiudizi subìti dal privato[61].

---

l'art. 2697 cod. civ., L. SCOMPARIN, voce *Riparazione dell'errore giudiziario*, cit., 325, secondo cui «*è opportuno … ammettere un potere d'iniziativa probatoria da parte del giudice almeno nelle ipotesi di incompletezza probatoria circa l'an della riparazione, lasciando invece che l'insufficiente prova del quantum della riparazione da parte dell'istante gravi sullo stesso con un conseguente livellamento verso il basso della somma dovuta*». Sotto diverso profilo, la evidenziata diversità comporta l'inapplicabilità delle norme civilistiche concernenti il concorso del fatto colpose del creditore (Cass. pen., sez. VI, 18 dicembre 1991, *Ruzzi*).

[60] Cass. pen., sez. IV, 11 luglio 2007, n. 39815.

[61] È stato osservato, con riferimento alla riparazione per errore giudiziario, che il frequente riconoscimento giurisprudenziale di categorie di danno non patrimoniale quali quelle attinenti alla serenità familiare, alla vita sessuale, alla dignità, alla qualificazione professionale comporta un notevole affievolimento «*della vecchia contrapposi-*

In questo quadro in cui la giurisprudenza, nel registrare la distinzione di regime tra gli istituti, sembra non sempre percepirne la reale *ratio*, gli orientamenti giurisprudenziali in materia di quantificazione della misura riparatoria *ex* artt. 314 ss. c.p.p. paiono oscillare in un tentativo di superare un approccio astratto e *indennitario* alla riparazione dei danni derivanti dall'ingiusta detenzione.

Un primo orientamento, adottato nelle prime pronunce intervenute sul tema, si è assestato su un parametro puramente aritmetico, costituito dal rapporto tra la somma massima posta a disposizione del legislatore e la durata massima della custodia cautelare prevista per il reato per cui si procede, moltiplicato per la durata della ingiusta detenzione subìta[62]. E ciò in ossequio al

---

zione tra risarcimento, quale forma prevista per attribuire, attraverso rigidi criteri tecnico – giuridici, un giusto corrispettivo a fatti lesivi ricadenti soltanto sul patrimonio – nei limiti delle perdite economiche subite (danno emergente) e del mancato guadagno (lucro cessante) – e riparazione, quale istituto afferente ai diritti fondamentali della persona. Quest'ultima, al pari del risarcimento del danno non patrimoniale, assolve, infatti, ad una funzione solidaristica nei confronti della vittima: assicurarle una utilità sostitutiva che possa compensarla, per quanto sia possibile, delle sofferenze morali, psichiche e dei drastici cambiamenti peggiorativi della propria vita, subiti a causa dell'ingiusta detenzione/condanna» (TURCO, *Ingiusta detenzione e riparazione del danno esistenziale*, cit., 4735).

[62] Si ved., *ex multis*, Cass. pen., sez. IV, 9 luglio 1992, *Ercole*; 27 novembre 1992, *D'Arrigo*; 30 aprile 1993, *Cariddi*; 28 giugno 1993, *Girardi*; 31 gennaio 1994, *Brustia e a.*; 31 gennaio 1994, *Caneva*; 21 aprile 1994, *Ubaldini*; 17 maggio 1994, *Bertetti*; 22 novembre 1994, *Vaghime Eldoroy*. La giurisprudenza riconosce peraltro la possibilità di procedere a «*marginali aggiustamenti del dato aritmetico ricavabile dalla operazione anzidetta, valorizzando, a tal fine, circostanze accessorie tanto obiettive – quali, ad esempio, le modalità più o meno gravose della privazione della libertà personale – quanto soggettive – quali, ad esempio, l'incensuratezza, le condizioni economiche, i danni all'immagine, lo "strepitus fori" e simili*» (Cass. pen., sez. IV, 31 gennaio 1994, *Caneva*. Salve le circostanze «*irrilevanti rispetto al principio di uguaglianza stabilito dalla Costituzione (quali, ad esempio, l'appartenenza del soggetto ad una determinata classe sociale, l'assunta maggiore o minore sensibilità alla privazione della libertà, la capacità di produrre redditi ecc.)*». Così Cass. pen., sez. IV, 27 novembre 1992, *D'Arrigo*.

Sotto diverso profilo, la riconosciuta indennizzabilità del solo valore della libertà personale ha a volte condotto ad escludere il diritto degli eredi alla misura compensativa (ciò diversamente da quanto previsto dall'art. 644 c.p.p. in materia di errore giudiziario): «*ai fini dell'equa riparazione per ingiusta detenzione, si deve tenere conto – a*

principio di uguaglianza: poiché l'indennizzo è volto al ristoro del bene della libertà personale, e poiché questo è un valore da considerarsi identico per qualsiasi soggetto, la relativa «u*nità di misura*» deve essere fondamentalmente uguale per tutti. La valutazione discrezionale di fattori ulteriori rispetto alla durata della misura cautelare – quali la condizione sociale, le cariche rivestite, la capacità di produrre reddito – sarebbe in quest'ottica lesiva del principio di uguaglianza, «*in quanto i beni della persona, della vita e della libertà non ammettono diversità di trattamento e di valutazione sotto qualsivoglia profilo*»[63].

Un successivo orientamento, fermo il presupposto solidaristico, ha invece riconosciuto la necessità di una personalizzazione della misura riparatoria, da determinarsi guardando ad un concetto «dinamico» di libertà[64]. Ed «*infatti l'ordinamento giuridico, allorché deve indennizzare una persona per averla privata ingiustamente della libertà, prende atto che non ha dinanzi un essere umano astratto, indifferenziato, senza volto, ma una persona che ha vissuto e vive la libertà in un certo modo e che, se ne è privata, è colpita in quel determinato modo di viverla. Valutare equitativamente le conseguenze personali e familiari derivanti dalla privazione della libertà altro non significa, dunque, che attribuire rilevanza alla persona come è diventata, come si è sviluppata grazie alla libertà*»[65].

---

differenza di quanto si verifica con riguardo alla riparazione dell'errore giudiziario – unicamente dei pregiudizi della privazione della libertà personale, bene che non è soltanto identico per qualsiasi soggetto, ma è anche soltanto "proprio" di ogni soggetto» (Cass. pen., sez. IV., 31 gennaio 1994, *Brustia e a.*).

[63] Cass. pen., sez. IV, 28 giugno 1993, *Girardi.*

[64] Si ved., *ex plurimis*, sez. un., 9 maggio 2001, n. 24287 secondo cui «*Nulla vieta … al giudice, nell'esplicazione del suo potere discrezionale, di gestire lo spazio riconosciutogli dalla legge come ritiene più consono alle particolari caratteristiche della vicenda, procedendo, ove gli sembri che ciò possa produrre un effetto più favorevole e remunerativo, specie sul piano morale, per il richiedente, alla ideale divisione del "fondo" disponibile in più parti, in guisa da soddisfare, nel conteggio conclusivo, le diverse "voci di danno" elencate dall'art. 643, c.p.p.*». Analogamente Cass. pen., sez. un., 13 gennaio 1995, n. 1; sez. IV, 23 aprile 1997, n. 1134.

[65] Cass. pen., sez. un., 13 gennaio 1995, n. 1.

È questa l'impostazione prevalentemente accolta dalla successiva giurisprudenza[66].

Pur con queste aperture verso un danno considerato in una dimensione non astratta e rapportata ai giorni di custodia, ma concreta e rapportata alla persona, privata di un suo bene fondamentale, di fatto, in materia di ingiusta detenzione la giurisprudenza è costante nell'affermare la insuperabilità del tetto massimo stabilito dal legislatore[67], laddove non mancano pronunce che in tema di errore giudiziario si assestano su somme ben maggiori, generando un opposto problema di contenimento ed evidenziando l'irragionevole limite alla riparazione dell'ingiusta detenzione[68].

---

[66] Si ved., da ultimo, Cass. pen., sez. III, 9 febbraio 2012, n. 9211 che rileva come «*il Giudice nella liquidazione dello indennizzo per la ingiusta detenzione sia svincolato da parametri rigidi e debba procedere con equità (per la delicatezza della materia e la difficoltà da parte dell'interessato di provare il preciso ammontare dei danni) in base alla durata della privazione della libertà e delle conseguenze personali, familiari, patrimoniali e morali che ne sono derivate*»). Per ulteriori riferimenti giurisprudenziali si ved. i recenti contributi di G. SPAGNOLI, in *Cass. pen.*, 2010, 11, 3921 e G. MANCA, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 1578.

[67] Cass. pen., sez. IV, 1 novembre 2009, n. 43978; sez. IV, 23 aprile 2009, n. 21492; quest'ultima pronuncia è sul punto particolarmente significativa. Ed infatti, muovendo da una critica al criterio puramente aritmetico di liquidazione dell'indennizzo *ex* art. 314 c.p.p. e chiarendo che il giudice può discostarsi da esso anche *in melius*, osserva che la disparità di trattamento del soggetto che ha sofferto il periodo massimo di carcerazione preventiva concerne «*situazioni estreme e statisticamente poco significative*», nelle quali «*la disomogeneità del trattamento trova almeno spiegazione obiettiva nella natura indennitaria dell'istituto*». Sul punto, criticamente, E. TURCO, *La riparazione per ingiusta detenzione dopo la recente riforma: profili sistematici e prospettive evolutive*, in *Cass. Pen.*, 2002, 3255, secondo cui «*lascia perplessi che un ordinamento giuridico, sensibile alla tutela dei diritti umani, di fronte ad un conflitto tra difficoltà di ordine economico ed esigenze di giustizia, dia preferenza alle prime. Sotto un secondo profilo, va, altresì, rilevato che la fissazione di un tetto tout court, senza eccezioni, mortifica senz'altro il criterio guida dell'equità… pur dovendosi riconoscere che il legislatore è chiamato a fare i conti con l'esigenza di contenimento delle spese di riparazione, non si può obliterare la considerazione che gli strumenti volti in questa direzione devono essere improntati a criteri non esclusivamente pragmatici ma tali da garantire giustizia e coerenza con l'alto valore etico e sociale dell'istituto*».

[68] Sul punto si v. Cass. pen., sez. IV, 21 aprile 1994, n. 532, secondo cui «*la fissazione di un tetto massimo trova giustificazione solo con riferimento all'equo indennizzo*

La legittimità di tali discipline deve tuttavia essere oggi rapportata alla Cedu e, in particolare, all'art. 5 che nel sancire il *diritto alla libertà e alla sicurezza* prevede casi e presupposti per la privazione della libertà e, come disposizione di chiusura, prevede che «*Ogni persona vittima di arresto o di detenzione in violazione di una delle disposizioni del presente articolo ha diritto ad una riparazione*»[69].

Ciò ha determinato vari interventi della Corte europea, che hanno riguardato l'ambito operativo della riparazione. Così si è ravvisata la violazione dell'art. 5 nella mancata riparazione dell'illegittimo trattenimento dello straniero in un centro di accoglienza temporanea in attesa di espulsione[70], o in un centro per immigrati[71]; nel superamento dei termini di durata massima della custodia cautelare[72]; nel ritardato riconoscimento dell'indulto[73].

---

per ingiusta detenzione preventiva per il quale l'unico dato considerabile è la privazione della libertà – dato caratterizzato dall'invariabilità, mentre la pluralità e complessità dei dati da valutare ai fini di quantificare la riparazione dell'errore giudiziario (conseguenze familiari e personali) non potrebbe, senza compromettere l'architettura dell'istituto, sopportare un'analoga fissazione di massimo liquidabile»; C. app. Genova, sez. II, 7 febbraio 2003, conf. da Cass. pen., sez. IV, 25 novembre 2003, n. 2050, su cui criticamente PONZANELLI, *Il caso Barillà: danno esistenziale, pena privata e la* «*lotteria*«*della responsabilità civile*, in *Danno e Responsabilità*, 2003, 628, secondo cui la funzione di *deterrence* attribuita alla riparazione nel caso in esame costituirebbe una grave forma di sperequazione all'interno del medesimo ordinamento giuridico: «*i quasi otto miliardi del caso in questione appaiono largamente superiori (in media di due/tre volte) a quanto concesso nelle ipotesi della maggiore compromissione dell'integrità psicofisica …(questo è il dato, perlomeno nel settore specifico della circolazione dei veicoli)…il caso Barillà ha tutte le caratteristiche per riproporre all'attenzione di tutti il tema dell'uniformazione dei danni alla persona e per evitare che il sistema possa diventare una pericolosa quanto ingiustificata lotteria*». Sul punto v. da ultimo, Cass. pen., sez. III, 12 novembre 2010, n. 40094.

[69] Tra le fonti sovranazionali in materia merita inoltre menzione il Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966 (ratificato con l. 881/1977) su cui *amplius* M.G. COPPETTA, *La riparazione per ingiusta detenzione*, cit., 78 ss.

[70] C.edu, *Zeciri c. Italia*, 4 agosto 2005.

[71] C.edu, *Seferovic c. Italia*, 1 dicembre 2009.

[72] C.edu, *Picaro c. Italia*, 9 giugno 2005; C.edu, *Luberti c. Italia*, 23 febbraio 1984.

[73] C.edu, *Pilla c. Italia*, 2 marzo 2006.

Anche la Corte costituzionale, facendo applicazione dell'art. 5 Cedu, ha più volte esteso l'ambito applicativo della riparazione per l'ingiusta detenzione e per l'errore giudiziario alla luce della Cedu[74]. E una parte della dottrina e della giurisprudenza hanno proposto di interpretare l'art. 314 c.p.p. alla luce dell'art. 5 Cedu, al fine di integrare, sul piano delle ipotesi riparatorie, il divario esistente tra le due norme[75]. Gli orientamenti prevalenti, rafforzati dalle sent. della Corte costituzionale n. 347 e 348 del 2007 sul ruolo della Cedu nel sistema delle fonti, rimangono tuttavia radicati nel ritenere necessario l'intervento additivo della Corte costituzionale.

Il medesimo problema di non coerenza della disciplina nazionale con la Cedu (oltreché con la Costituzione) riguarda la previsione del tetto massimo previsto per la riparazione dell'art. 314 c.p.p.

Secondo la Corte europea va infatti risarcito ogni tipo di pregiudizio, materiale o morale, che la vittima non avrebbe subìto ove non vi fosse stata la violazione dell'art. 5 Cedu. E i giudici nazionali, sul punto, non devono interpretare in maniera rigorosa l'onere della prova, tenendo conto in concreto di tutte le circostanze rilevanti quali le condizioni della detenzione, l'impatto sulla salute, la professione la vita sociale e familiare[76].

Di fronte a queste direttive sovranazionali emerge anche a questo proposito un'esigenza di sganciare il tema della responsabilità da atto lecito da supposti princìpi solidaristici e ricondurla al sistema della tutela dei diritti e della loro piena effettività.

---

[74] C. cost., n. 301/1996, con riferimento all'erroneo ordine di esecuzione (sul punto v. C.edu, 8 dicembre 2003, *Pezone c. Italia*); C. cost., n. 109/1999 sull'arresto in flagranza e sul fermo dell'indiziato; C. Cost. n. 219/2008 sul necessario proscioglimento dalle imputazioni nel merito per l'ottenimento dell'equa riparazione.

[75] Su questi orientamenti v. M. GIALUZ, *Commento all'art. 5*, in *Commentario breve alla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo*, cit., 171.

[76] C.edu, Grande Chambre, *Hood c. Regno unito*, 18 febbraio 1999; C.edu, *S.B.C. c. Regno unito*, 19 giugno 2001; C.edu, *Danev. C. Bulgaria*, 2 settembre 2010. *Amplius*, M. GIALUZ, *Commento all'art. 5*, in *Commentario breve*, cit., 172.

6. *La localizzazione di opere pubbliche nocive e la teoria dei diritti indegradabili*

Tra i casi di maggiore attualità in cui la compressione di diritti personali non trova nella legge la previsione di misure di ristoro, v'è oggi senz'altro la localizzazione di opere pubbliche nocive.

È questo un ulteriore esempio di conflitto tra diritto individuale alla salute, diritto della collettività locale alla salubrità dell'ambiente e contrapposti interessi pubblici ultralocali inerenti talora alla salute, talora all'ambiente, talora allo sviluppo delle comunicazioni, altre volte allo sviluppo della rete dei trasporti o allo sviluppo industriale ed economico del Paese.

La mancata disciplina di tali conflitti rende l'esame delle vicende della loro «composizione» di particolare interesse per saggiare la possibilità di estendere la responsabilità da atto lecito fuori dai casi tipici, nelle ipotesi di interessi non patrimoniali e per studiarne il paradigma.

Casi emblematici sono costituiti dalle discariche di rifiuti, dalle centrali energetiche, dalle reti di trasporto, dall'autorizzazione di impianti industriali rischiosi[77]. Torna qui la contrapposizione, nell'ambito di interessi tutti costituzionalmente rilevanti, tra individuo (o comunità locale) e più ampia collettività destinataria delle utilità dell'opera.

Sono note le vicende che, con particolare riguardo alla localizzazione di discariche, alla realizzazione di opere fognarie, della rete elettrica, specie per l'esposizione ai campi elettromagnetici, hanno visto a lungo i giudici ordinari assicurare il primato del diritto alla salute ritenuta, in quanto interesse fondamentale, non bilanciabile con ulteriori interessi[78].

---

[77] Per questo tipo di conflitti si v. *È possibile realizzare le infrastrutture in Italia?*, a cura di A. Macchiati - G. Napolitano, cit.

[78] Risalgono al 1979 le due note sentenze della Cassazione che hanno accolto la teoria dell'indegradabilità di alcuni diritti di rango costituzionale (ma per precedenti di inizio Novecento, E. FERRARI, *Dell'illecito*, cit., 211). La prima decisione (Cass., sez.

Al riguardo, il diritto alla salute è apparso *indegradabile* allo stesso modo di altri diritti fondamentali, costituzionalmente garantiti, quali la dignità, la libertà personale, la libertà religiosa, la non discriminazione, la libertà di movimento e di istruzione[79]. Si

---

un., 9 marzo 1979, n. 1463) riguardava il procedimento di localizzazione delle centrali nucleari e fu resa su un ricorso per regolamento preventivo di giurisdizione proposto dall'Enel a fronte della domanda di accertamento tecnico preventivo avanzata dagli abitanti di una zona interessata dall'insediamento di una centrale nucleare. A questo proposito la Cassazione individuò, con riguardo all'*ambiente*, accanto ad interessi *diffusi*, «*veri e propri diritti soggettivi*» riguardanti il bene salute, «*non disponibile e non degradabile per l'intervento dell'amministrazione*». La seconda sentenza (Cass., sez. un., 6 ottobre 1979, n. 5172), è pronunciata su un ricorso per regolamento preventivo giurisdizione proposto dalla Cassa del Mezzogiorno nel giudizio di danno temuto avanzato dagli abitanti di una zona interessata dalla realizzazione di opere destinate alla depurazione di acque luride già convogliate nel Golfo di Napoli. Anche qui si riconobbe che il diritto alla salute, nella sua accezione di diritto all'ambiente salubre, è «*assicurato all'uomo … incondizionatamente … anche nei confronti dell'autorità pubblica, cui è negato in tal modo il potere di disporre di esso*» e «*le cui attività lesive devono considerarsi poste in essere senza alcun potere che valga ad escludere o a limitare la tutela della situazione stessa*». L'orientamento si è poi consolidato per effetto di successive pronunce che per oltre un ventennio non hanno messo in discussione l'impianto delle pronunce del 1979. Accanto alle ulteriori pronunce della Cassazione (tra cui Cass., 17 novembre 1992, n. 12307, e Cass., 3 luglio 1991, n. 7318; Cass., sez. un., 12 giugno 1990, n. 5714, sull'affermazione della giurisdizione ordinaria sulla lesione del diritto alla salute conseguente alla vicinanza di una discarica; l'orientamento è stato ripreso dai giudici di merito (ad es. Pret. Catania, 16 luglio 1980, in *Giust. civ.*, 1980, I, 2826 sempre relativamente ad una discarica di rifiuti, per la quale si dettavano in sede cautelare prescrizioni al fine di evitare pregiudizi alla salute e Tribunale Salerno, sez. I, 28 aprile 2007, su un ricorso *ex* art. 700 cpc promosso da un Comune interessato dalla realizzazione di una mega-discarica di rifiuti per ordinanza del Commissario delegato per l'emergenza rifiuti nella Regione Campania e volto ad inibire la realizzazione dell'opera) ed esteso ad ipotesi ulteriori e a tutelare la pretesa all'erogazione di prestazioni sanitarie e a rimborsi per l'acquisto di farmaci non mutuabili ma riconosciuti come indispensabili per la cura di patologie gravi, per spese mediche sostenute in centri non convenzionati o all'estero. Ed è stato poi esteso anche a diritti diversi dalla salute quale l'istruzione e l'integrazione sociale, la riservatezza, la libertà di movimento e la libertà religiosa. Sul punto e per la successiva parabola della teoria dei diritti indegradabili cfr. *infra* nel testo.

[79] Si tratta di principi affermati anche con valenza positiva, di imposizione di obblighi positivi in capo allo Stato, con riferimento, innanzitutto, al diritto alla salute, per il quale emerge, anche sotto tale profilo, una posizione paritetica di obbligo rispetto alla garanzia del trattamento sanitario indispensabile a preservarne «il nucleo irriduci-

tratterebbe, secondo ricorrenti affermazioni dei giudici ordinari, di quei «*diritti assoluti di libertà garantiti dalla Costituzione*» rispetto ai quali non può configurarsi nessun potere discrezionale della p.a. «*non essendo gli stessi in alcun modo comprimibili o degradabili ad interessi legittimi ad opera dei pubblici poteri, neppure per ragioni di interesse pubblico (disponibilità finanziarie, gestione delle risorse, bilanciamento con altri interessi di rilevanza pubblicistica)*; *in ordine alla lesione di siffatti diritti assoluti non è configurabile un potere restrittivo o compressivo della p.a.*».

Così, ancora: «*il diritto … denominato 'alla salute' ma meglio definibile "di salute"*» è «*sovrastante all'amministrazione*». «*Verso di esso l'amministrazione non ha facoltà di scelta; deve assoluto, incondizionato rispetto. Quando trasgredisca siffatto dovere, allora essa … "agisce nel fatto", … "non provvede", esplica comunque e soltanto attività materiale illecita*». Ne deriva che «*il giudice ordinario può condannare la pubblica amministrazione ad un fare per eliminare il pregiudizio da essa arrecato al diritto di salute dell'individuo*»[80].

Al riguardo non rileva la *legalità* dell'azione amministrativa; si prescinde, in questa prospettiva, dal rispetto dei limiti (legali)

---

bile» del diritto; v. inoltre Cass., sez. un., 24 giugno 2005, n. 13548; Cass., sez. un., 18 novembre 1997, n. 11432, relativa al diritto di libertà religiosa; Cass., sez. un., 10 maggio 2001, n. 192, relativa al diritto di libertà sindacale, secondo cui la giurisdizione del g.o. sussiste anche nel caso in cui il *petitum* consista nell'annullamento del provvedimento impugnato; C. cost. n. 215/1987, con riferimento all'indisponibilità del diritto all'istruzione dei soggetti portatori di handicap da parte del legislatore.

[80] Così Cass., sez. un., 20 febbraio 1992, n. 2092, su cui v. le osservazioni di S. BENINI in *Foro it.*, 1992, I, 2123, (la questione riguarda un'azione tesa ad ordinare alla Cassa del Mezzogiorno la rimozione di un impianto di depurazione); analogamente Cass. civ., sez. un., 29 gennaio 2001, n. 29 per l'inibitoria all'immissione da parte dell'ente locale di acque luride nello specchio d'acqua e per la condanna della p.a. – tra l'altro – a rimuovere lo sbocco fognario e bonificare le acque dell'approdo turistico, che ha affermato che la «*lesione del diritto alla salute concerne una situazione giuridica, avente natura di diritto soggettivo primario e fondamentale (nonché insuscettibile di affievolimento), garantito in via diretta dall'art. 32 della Costituzione … ed azionabile nel quadro dell'art. 2043 cod. civ. ai fini della tutela risarcitoria in forma specifica o per equivalente*».

massimi di esposizione ai campi elettrici e magnetici generati dagli elettrodotti, che non avrebbe il valore di «*rendere lecita la condotta che vi si uniformi*»; né l'autorizzazione con decreto ministeriale preclude l'inibizione della messa in esercizio di un elettrodotto: «*La tutela giudiziaria del diritto alla salute in confronto alla pubblica amministrazione può essere preventiva e dare luogo a pronunce inibitorie se, prima ancora che l'opera pubblica sia messa in esercizio nei modi previsti, sia possibile accertare, considerando la situazione che si avrà una volta iniziato l'esercizio, che nella medesima situazione è insito un pericolo di compromissione per la salute di chi agisce in giudizio*»[81].

---

[81] Così Cass., 27 luglio 2000, n. 9893, che, in un giudizio di accertamento sul pericolo per la salute provocato dall'esposizione ad un campo elettromagnetico generato da un elettrodotto, ha altresì osservato che con la domanda l'attore fa «*valere una responsabilità da illecito (art. 2043 c.c.), perché è in contrasto con la proprietà costituzionale del diritto alla salute un comportamento preordinato a determinarne la messa in pericolo*», aggiungendo che neppure l'osservanza del D.P.C.M. 23 aprile 1992, contenente disciplina dei limiti massimi di esposizione ai campi elettrici e magnetici generati dagli elettrodotti, ha il valore di «*rendere lecita la condotta che vi si uniformi*», trattandosi di normazione secondaria. Da tali osservazioni è stato tratto il principio di diritto secondo cui «*La tutela giudiziaria del diritto alla salute in confronto alla pubblica amministrazione può essere preventiva e dare luogo a pronunce inibitorie se, prima ancora che l'opera pubblica sia messa in esercizio nei modi previsti, sia possibile accertare, considerando la situazione che si avrà una volta iniziato l'esercizio, che nella medesima situazione è insito un pericolo di compromissione per la salute di chi agisce in giudizio*»; analogamente Cass., sez. un., 17 gennaio 1991, n. 400, in *Giust. civ.*, 1991, I, 1190, in sede di regolamento di giurisdizione richiesto dall'Enel in una controversia avente ad oggetto la sospensione dei lavori di costruzione di una centrale termoelettrica regolarmente autorizzata, anche in seguito ad apposita valutazione di impatto ambientale ha ritenuto sussistente la giurisdizione del g.o., trattandosi di violazione di diritto alla salute inteso come diritto ad un ambiente salubre (*il soggetto chiamato a rispondere dell'illecito, per esimersi da responsabilità, potrà invocare la circostanza di aver agito in modo conforme ad un puntuale provvedimento amministrativo, ma non potrà sottrarsi allora all'indagine. circa la legittimità dell'atto a cui si è conformato, secondo i parametri sia costituzionali, che della legge ordinaria, che dei provvedimenti amministrativi sovraordinati).* Analogamente Cass. civ., sez. un., 8 novembre 2006, n. 23735, in una controversia volta all'inibizione della messa in esercizio di elettrodotto autorizzato con decreto ministeriale la Corte, muovendo dal presupposto che l'induzione del campo elettromagnetico fosse superiore alla soglia di attenzione individuata dalla «*letteratura*

Molteplici sono dunque i corollari dell'indegradabilità dei diritti: impossibilità tanto per il legislatore quanto per l'amministrazione di un bilanciamento con contrapposti interessi; illiceità di eventuali compressioni; tutela innanzitutto inibitoria e ripristinatoria nell'ipotesi di violazione; e in ogni caso tutela risarcitoria *piena;* giurisdizione ordinaria.

Sicché, secondo questa lettura, per cui a fronte di un diritto incomprimibile è l'esigenza della collettività a dover recedere, nelle ipotesi di compressione dei diritti *fondamentali* dovrebbe in ogni caso rinvenirsi un illecito e giungersi, per questa via, alla inibizione e al ripristino delle attività nocive e, in via secondaria, al risarcimento pieno del danno per equivalente: non vi sarebbe così spazio per la responsabilità da atto lecito[82].

---

scientifica», osserva che «*il diritto alla salute, che l'art. 32 Cost. espressamente proclama come fondamentale diritto dell'individuo, da tempo ha perduto la valenza assicurativa – corporativa propugnata nei primi anni dell'entrata in vigore della Carta costituzionale e fa parte della categoria dei diritti sociali a valenza* erga omnes *o della categoria dei diritti assoluti della personalità, acquistando, secondo la nuova prospettiva, il titolo per influire sulle relazioni private e limitare l'esercizio dei pubblici poteri. Il carattere di assolutezza del diritto alla salute e la sua elaborazione sul versante dei rapporti intersoggettivi ha trovato risconto sia nell'affermazione che esso è sovrastante all'amministrazione di guisa che questa non ha alcun potere, neppure per motivi di interesse pubblico specialmente rilevante, non solo di affievolirlo, ma neanche di pregiudicarlo nel fatto indirettamente, perché, incidendo in un diritto fondamentale, la pubblica amministrazione agisce nel fatto, dal momento che, non essendo giuridicamente configurabile un suo potere in materia, esso per il diritto non provvede, ma esplica comunque e soltanto attività materiale illecita*». Nel medesimo senso Cass., sez. un., 20 febbraio 1992, n. 2092, e 1 agosto 2006, n. 17461. Così, ancora di recente e pur dopo che con l'art. 1, comma 552, l. n. 311/2005 (finanziaria 2005), la giurisdizione è stata trasferita al giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva; ha confermato tale opzione, v. Tribunale S. Maria Cupua Vetere, sez. I, 27 febbraio 2009, che ha riaffermato la indegradabilità del diritto alla salute e, con essa, l'irrilevanza del rispetto dei limiti legali e la giurisdizione ordinaria.

[82] Quale garanzia del diritto successiva alla sua violazione il rimedio risarcitorio costituisce senz'altro una garanzia insoddisfacente per i diritti fondamentali, le cui lesioni non sempre possono considerarsi monetizzabili. E dunque la tutela preventiva appare indispensabile sicuramente nella prospettiva della necessaria recessione dell'azione pubblica, pur fondata sulla legge e pur condotta attraverso legittimi procedimenti amministrativi ove lesiva di alcuni beni.

Sono queste tesi che riprendono, assolutizzandole, le idee, di matrice tedesca, della inattaccabilità del diritto *fondamentale* nel suo contenuto essenziale[83] e dell'applicazione a tali diritti del principio di proporzionalità *in senso stretto*[84], che conduce non solo a verificare l'idoneità e la necessità dell'azione amministrativa rispetto al fine perseguito ma anche la non intollerabile onerosità e gravosità del sacrificio imposto al privato[85].

7. (*Segue*) *Verso il superamento della teoria del diritto indegradabile*

Si intravede oggi una diversa parabola per le lesioni di diritti fondamentali derivanti da opere pubbliche: rispetto alla totale recessione degli interessi collettivi si prospettano, secondo un'impostazione di maggiore realismo e di pluralismo istituzionale, possibili bilanciamenti, sia pur nelle maglie di limiti assai rigorosi dati dall'operare dei princìpi di proporzionalità, ragionevolezza, precauzione ecc. e delle regole procedimentali tra cui, in primo luogo, l'effettivo coinvolgimento dei destinatari nei processi decisionali pubblici.

---

[83] L'ovvio riferimento è alla c.d. *Wesensgehaltgarantie* di cui all'art. 19, comma 2 della Costituzione tedesca, per le cui opzioni interpretative, tra teorie *relative*, che ammettono il bilanciamento, e teorie *assolute*, che conducono a sottrarre il nucleo essenziale del diritto dal bilanciamento con altri valori, e per il ruolo di una simile garanzia, non menzionata nella nostra Costituzione, v. P.F. GROSSI, *Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, Padova, 1972, 150 ss.; S. MANGIAMELI, *La proprietà privata nella Costituzione*, Milano, 1986, 54 s.; P. HÄBERLE, *Recenti sviluppi dei diritti fondamentali in Germania*, in *Giur. it.*, 1993, IV, 171 ss.; A. BALDASSARRE, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997, 96 ss. Fornisce un nuovo addentellato normativo per tale garanzia la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea la quale all'art. 52, c. 1 dispone *che «eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà»*.

[84] Sulle declinazioni del principio di proporzionalità nei diversi ordinamenti europei e, in particolare, nell'ordinamento tedesco, v. A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa,* cit., 58 ss.

[85] Sul punto v. S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità*, cit., 232 ss.

Un primo segnale proviene dall'evoluzione del contesto normativo, espressione del pragmatismo di un legislatore forse «*allarmato da talune posizioni eccessivamente intransigenti assunte dal giudice ordinario*»[86]. Tale evoluzione ha riguardato innanzitutto lo spostamento della giurisdizione dal giudice ordinario al giudice amministrativo relativamente alla tutela dei diritti implicati dalle procedure di realizzazione delle principali opere pubbliche.

Il primo mutamento lo si è avuto in materia di energia: innanzitutto con il passaggio, nel 2005, al giudice amministrativo delle controversie aventi ad oggetto le procedure ed i provvedimenti in materia di impianti di generazione di energia elettrica[87]: opzione poi rafforzata con l'attribuzione alla competenza del TAR Lazio di tutte le controversie comunque attinenti alle procedure e ai provvedimenti dell'amministrazione pubblica o dei soggetti alla stessa equiparati concernenti la produzione di energia elettrica, anche in relazione alla fase cautelare e alle eventuali questioni risarcitorie[88].

Chiesta di pronunciarsi su tale norma, la Corte costituzionale ne ha affermato la legittimità costituzionale sottolineando che non sussiste «*alcun principio o norma nel nostro ordinamento che riservi esclusivamente al giudice ordinario escludendone il giudice amministrativo la tutela dei diritti costituzionalmente protetti*»[89].

Proseguendo nella sua opera di spostamento dalla giurisdizione ordinaria a quella amministrativa di segmenti particolarmente *conflittuali* di azione amministrativa il legislatore ha poi investito tutte le situazioni di emergenza: anche per esse è stata affermata, in via esclusiva, la competenza in primo grado del TAR del Lazio estesa espressamente non solo al sindacato sulla

---

[86] Così L. CORAGGIO, *La teoria dei diritti indegradabili: origine ed attuali tendenze*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 483.

[87] Si v. l'art. 1, comma 552, l. n. 311/2005 (finanziaria 2005).

[88] Si v. l'art. 41, l. n. 99/2009.

[89] C. cost. n. 140/2007.

legittimità delle ordinanze adottate e dei consequenziali provvedimenti commissariali, ma anche all'emanazione di misure cautelari[90].

Con il d.l. n. 90/2008 (*misure straordinarie per fronteggiare l'emergenza nel settore dello smaltimento dei rifiuti nella regione Campania e ulteriori disposizioni di protezione civile*)[91], sono state poi devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo «*tutte le controversie, anche in ordine alla fase cautelare, comunque attinenti alla complessiva azione di gestione dei rifiuti, seppure posta in essere con comportamenti dell'amministrazione pubblica o dei soggetti alla stessa equiparati*», aggiungendosi che «*la giurisdizione di cui sopra si intende estesa anche alle controversie relative ai diritti costituzionalmente garantiti*». Anche tale norma supererà il vaglio di costituzionalità[92].

Il mutare della giurisdizione non appare peraltro limitato al *chi*, senza influire sul *come*, dell'esercizio della funzione giurisdizionale[93].

Già possono cogliersi degli accenni giurisprudenziali del cambio di passo. Innanzitutto si consideri che, proprio in materia di rifiuti, la Cassazione aveva *ante litteram* riconosciuto come

---

[90] Si v. l'art. 3, comma 2-*bis*, d.l. n. 245/2005, conv. con mod. con l. n. 21/2006 (ma ora si v. l'art. 133, lett. *p*, del codice del processo amministrativo).

[91] Conv. con l. n. 123/2008 (ma ora si v. l'art. 133, lett. *p*, del codice del processo amministrativo).

[92] Si v. C. cost. n. 35/2010 che ha ritenuto manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale anche con riguardo all'inclusione nella giurisdizione esclusiva dei comportamenti meramente materiali posti in essere dalla p.a, specificandosi che «*comportamenti*» ha riferimento a quelli «*costituenti espressione di un potere amministrativo e non anche quelli meramente materiali posti in essere dall'amministrazione al di fuori dell'esercizio di una attività autoritativa*» (la decisione è poi stata confermato con le ordinanze n. 371/2010 e n. 54/2011).

[93] Per questa tesi v. F. LUCIANI, *Funzione amministrativa, situazioni soggettive e tecniche giurisdizionale di tutela*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 978. Tradiva chiaramente la «speranza» di cambio di orientamento giurisdizionale, l'art. 4 comma 2 del d.l. n. 90/2008 in cui si era previsto che «*Le misure cautelari, adottate da una autorità giudiziaria diversa da quella di cui al comma 1, cessano di avere effetto ove non riconfermate entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto dall'autorità giudiziaria competente ai sensi del presente articolo*».

inclusa nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di rifiuti anche la cognizione di «*diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione, quali il diritto alla salute (art. 32 Cost.) – allorché la loro lesione sia dedotta come effetto di un comportamento materiale espressione di poteri autoritativi e conseguente ad atti della pubblica amministrazione di cui sia denunciata l'illegittimità*». E, nel riconoscere la giurisdizione del giudice amministrativo, aveva anche ammesso la possibilità di un bilanciamento dei diritti fondamentali con l'interesse generale: «*compete a detti giudici la cognizione esclusiva delle relative controversie in ordine alla sussistenza in concreto dei diritti vantati, al contemperamento o alla limitazione di tali diritti in rapporto all'interesse generale pubblico all'ambiente salubre, nonché all'emissione dei relativi provvedimenti cautelari che siano necessari per assicurare provvisoriamente gli effetti della futura decisione finale sulle richieste inibitorie, demolitorie e eventualmente risarcitorie dei soggetti che deducono di essere danneggiati da detti comportamenti o provvedimenti*»[94].

Un esempio del diverso approccio si coglie poi con chiarezza dai consolidati indirizzi, assai nutriti in materia di telefonia mobile, sul valore dei limiti legali di esposizione ai campi elettromagnetici: il giudice amministrativo tende infatti, a differenza del giudice ordinario, ad esaurire la valutazione di impatto sulla salute degli impianti nella verifica del rispetto dei limiti legali[95].

---

[94] Così Cass., sez. un., 28 dicembre 2007 n. 27187; si noti che la pronuncia conferma Trib. Salerno, ord. 1 giugno 2007. Analogamente Cass., sez. un., 29 aprile 2009, n. 9956, in un caso relativo alle richieste risarcitorie conseguenti all'inefficiente svolgimento delle attività di prelievo e smaltimento dei rifiuti nel Comune di Castellammare di Stabbia, anteporrà il potere al diritto onde qualificare la controversia («*appartiene alla giurisdizione del g.a. la controversia che investe il potere dell'Amministrazione relativo all'organizzazione ed alle modalità di attuazione dello smaltimento dei rifiuti urbani*» pur a fronte di «*domande risarcitorie, eventualmente proposte in via autonoma, pur se con esse si invochi la tutela di diritti fondamentali, come quello alla salute*»). Nello stesso senso, da ultimo, Cass., sez. un., 5 marzo 2010, n. 5290.

[95] Così, da ultimo Cons. Stato, sez. VI, n. 98/2011 (che pure però apre uno spiraglio, rilevando come sull'attendibilità dei parametri di esposizione ai campi elettro-

Appaiono così oggi, se non superate, quantomeno relativizzate le intransigenti posizioni dei giudici ordinari secondo cui a fronte della tutela del diritto alla salute «*la Pubblica Amministrazione è priva di qualunque potere di affievolimento della relativa posizione soggettiva, ancorché agisca per motivi di interesse pubblico, né essa può pregiudicare indirettamente tale diritto, il quale appartiene a quella categoria di situazioni soggettive che non tollerano interferenze esterne che ne mettano in discussione l'integrità*»; le quali avevano ad es. condotto, *tout court*, ad inibire la realizzazione di una mega-discarica di rifiuti disposta dal Commissario delegato per l'emergenza in Campania dando rilievo anche «*ai profili della degradazione urbanistica, dell'aumento del traffico, della diffusione di odori e/o rumori molesti, con le inevitabili ricadute economiche in termini di svalutazione di immobili e aziende*». E ai «*possibili inquinamenti dell'aria, del suolo, delle acque sotterranee e superficiali, con conseguente compromissione della prospettata salubrità dell'ambiente di vita, ovvero i danni – anche soltanto all'immagine – a particolari attività economiche esercitate in prossimità dell'insediamento (si pensi, ad esempio, alle industrie alimentari o alle imprese agricole e di allevamento del bestiame, quali quelle legittimamente intervenute in questo*

magnetici posti dal d.p.c.m. 8 luglio 2003 non siano state avanzate censure); analogamente TAR Toscana, sez. III, n. 358/2012. Per una critica a tale orientamento, fondata anche sul rilievo del mancato aggiornamento dei parametri, v. M. CERUTI, *La tutela della salute dai campi elettromagnetici generati va garantita al di là dei parametri imposti dal D.P.C.M. 8 luglio 2003, ad oggi non aggiornati*, in *Riv. giur. amb.*, 2010, 355. Per un recente superamento di tali limiti da parte del g.o. v. Corte App. Milano, sez. II, n. 2168/2009 secondo cui «*I parametri massimi di esposizione a campi elettromagnetici generati da linee elettriche previsti dalla normativa vigente di cui alla l. 22 febbraio 2001 n. 36 (legge generale sull'inquinamento elettromagnetico) e al d.P.C.M. attuativo 8 luglio 2003, non sono vincolanti per il g.o. nel momento in cui vengano in considerazione anche altri interessi costituzionalmente protetti, quali il diritto alla salute della popolazione esposta*». Conferma tuttavia lo spostamento generale della giurisdizione al g.a., da ultimo, Cass., sez. un., 29 marzo 2011, n. 7103, come comprendente tutte le controversie «*relative agli atti del gestore del servizio pubblico di trasporto dell'energia elettrica, funzionali alla sua costituzione ed alla determinazione delle modalità di esercizio*» del servizio.

procedimento)». E ciò nel presupposto che «*la scienza dimostra come sia comunque impossibile evitare l'immissione di gas ed esalazioni mefitiche dai siti di stoccaggio dei rifiuti solidi urbani*»[96].

Si consideri del resto la prevalente posizione critica immediatamente assunta dalla dottrina amministrativistica verso la tesi dell'indegradabilità dei diritti[97] per il controllo diffuso di costituzionalità ad essa sotteso[98] e «*la realtà di diritto positivo, che non vieta il conferimento di poteri pubblici nel settore dell'ambiente e della salute*»[99]. La critica più radicale è però quella dell'assolutizzarsi degli interessi individuali rispetto a quelli generali[100], pur dinanzi al potere pubblico attribuito dalla legge[101].

---

[96] V. ad es. Trib. di Salerno, 4 luglio 2007.

[97] Radicali sono le critiche di G. BERTI, *In una causa contro l'E.n.e.l., la Cassazione mette in penombra lo Stato di diritto*, in *Foro it.*, 1979, 2909, secondo cui «*La chiave di lettura della sentenza probabilmente sta nella sfiducia del giudice verso la garanzia che i procedimenti dell'amministrazione dovrebbero pur offrire…Non per nulla, il giudizio deciso verteva sulle giurisdizioni, ed assegnando al giudice ordinario la controversia, la Cassazione ha compiuto un'operazione che attinge al campo delle istituzioni più che porsi come applicativa di un ordine prestabilito*»; G. MANFREDI, *L'irresistibile diritto alla salute e la tutela dall'inquinamento elettromagnetico*, in *Urb. app.*, 2001, 2, 161.

[98] E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2004, 295.

[99] E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 295.

[100] G. BERTI, *In una causa contro l'E.n.e.l., la Cassazione mette in penombra lo Stato di diritto*, cit.: «*Si comprende veramente come, negando in partenza la prospettiva di un interesse diffuso che non sia quello imputabile all'organizzazione della collettività, e quindi allo Stato, il giudice sia condotto per converso a solidificare il diritto singolare esaltandone la parte individualistica e le propensioni esclusivistiche che formano il nucleo di questo diritto nelle antiche concezioni pandettistiche. E si tocca quindi con mano che la negazione preconcetta degli interessi diffusi come categoria autonoma di tutela o di garanzia combacia con la negazione delle società intermedie ed in definitiva con la capacità delle società di costruire figure associate e interessi di cui quelle figure si facciano portatrici*».

[101] F.G. SCOCA, *Giurisprudenza amministrativa e tutela dell'ambiente nella prospettiva di un orientamento omogeneo delle giurisdizioni*, in *Unità della giurisdizione e tutela dell'ambiente*, Milano, 1986, 273; in termini, più di recente, P. CARPENTIERI, *Diritto alla salute, localizzazione degli impianti e giudice ordinario*, in *Urb. app.*, 2006, 797, che pragmaticamente osserva: «*Nel caso in cui la realizzazione di un impianto di interesse pubblico… sia stata studiata in sede di. VAS…; sia stata quindi sottoposta a VIA nella fase della progettazione preliminare e definitiva; sia stata altresì esaminata … in sede di conferenza di servizi; sia stata inoltre sottoposta a inchiesta pubblica…; sia stata*

Si fa così strada la più realistica idea che anche i diritti fondamentali siano in qualche modo bilanciabili. Idea che però non si disgiunge dalla considerazione che, anche quando cedevoli rispetto alle esigenze generali, essi siano espressione di valori fondanti di cui l'ordinamento, ad ogni livello, è portatore. Questo è il merito comunemente riconosciuto alla teoria della degradazione, pur da chi ne ha colto, viceversa, i limiti[102].

8. (*Segue*) *L'opera pubblica nociva e il bilanciamento dei diritti fondamentali. La responsabilità da atto lecito e il suo ambito*

Superata l'idea di un'assoluta indegradabilità dei diritti fondamentali (che, nella relazione con il potere, si atteggiano ad interessi legittimi, pur senza perdere la loro identità di diritti) emergono sul piano della tutela innanzitutto i princìpi, sostanziali e procedurali, che regolano la composizione del conflitto

---

infine fatta oggetto di azione giurisdizionale amministrativa di annullamento nei due gradi… è possibile che i cittadini… facendo valere il loro diritto incomprimibile all'ambiente salubre … possano chiedere al g.o. una sentenza che ponga nel nulla. l'intero procedimento legalmente dato…?».

[102] L. CORAGGIO, *La teoria dei diritti indegradabili: origini ed attuali tendenze*, cit., 483, osserva che «*In ogni caso, malgrado le sue debolezze e contraddizioni, occorre riconoscere agli arresti passati in rassegna il merito di aver favorito l'instaurarsi di un nuovo clima: ciò che per la Cassazione acquista importanza centrale è porre all'evidenza la maturità di istanze di natura sociale, che in un'ottica di adeguamento al diritto vivente impongono in taluni campi divenuti strategici una mutata concezione dei rapporti fra privati e pubblici poteri, con conseguente riaffermazione e rafforzamento in senso garantistico dei connessi principi*». In termini già M. NIGRO, *Giudice ordinario (civile e penale) e pubblica amministrazione*, in *Foro amm.*, 1983, 2035, il quale, pur muovendo da una più ampia prospettiva, riconosce che «*ci sono dei beni (la libertà, l'integrità personale etc.) che, per la nostra coscienza di uomini moderni, debbono trovare immediata possibilità di reazione se lesi dai pubblici poteri*», con la conseguenza che compito dell'interprete non è quello di limitarsi a condannare «*le disfunzioni, ma … di cogliere l'entità del fondamento, le cause, ed il numero e la delicatezza dei problemi che esso coinvolge*»; nonché A. PROTO PISANI, *Ib.*, secondo cui sul tema occorrerebbe procedere ad una «*rinnovata riflessione che muove consapevolmente dal* «*valore*» *dei diritti fondamentali* ex *art. 13 ss. cost. dopo che questi valori hanno avuto modo consolidarsi a livello diffuso nella nostra società civile e quindi anche nella coscienza dei giudici di ogni rango e di ogni giurisdizione*».

con gli opposti interessi generali, quali la proporzionalità, la precauzione, e, in ultima istanza, la ragionevolezza; e, sul piano procedimentale, partecipazione e ricerca del consenso[103].

È chiaro però che qualora, pur nell'applicazione di tali principi, il conflitto non possa comporsi e vi sia un'insanabile contrapposizione tra due beni essenziali (ad es. la salute nella sua dimensione individuale e collettiva) si arrivi necessariamente al sacrificio di un interesse rispetto all'altro: il quale non è peraltro necessariamente l'interesse individuale su quello generale[104].

Riemerge qui, con assai maggiore urgenza di quanto non si è potuto notare a proposito del diritto di proprietà, la discussa questione dell'esistenza di contenuti minimi dei diritti costituzionalmente garantiti e di corrispondenti limiti assoluti, di ultima istanza. La quale affiora anche nella nostra giurisprudenza. Ed anche con specifico riguardo alla salute, nella sua dimensione di libertà negativa: contro gli orientamenti che avevano condotto ad alcuni eccessi, sancendo la prevalenza rispetto agli interessi generali del diritto alla salute latamente inteso[105], la Cassazione ha di recente ritenuto «*individuabile un "nucleo essenziale"*» corrispondente ad «*un diritto soggettivo assoluto e primario*», concernente la «*integrità psicofisica*», in relazione al quale è configurabile «*soltanto un potere accertativo della pubblica amministrazione*, *in punto di apprezzamento della sola ricorrenza delle condizioni*» previste dalla legge[106]. Peraltro anche rispetto a tale

---

[103] Su cui, per tutti, ALB. ROMANO, *Conclusioni. Autoritarietà, consenso e ordinamento generale*, cit.

[104] Sul punto si v. S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità*, cit., 249 ss.

[105] Tra gli esempi di tali eccessi si suole ricordare il caso, *sui generis*, in cui il Pretore di Torino, adito *ex* art. 700 c.p.c., ha imposto all'autorità di polizia di cessare l'esercizio della sorveglianza del consolato torinese degli Stati Uniti d'America con modalità tali da arrecare inquinamento acustico ed atmosferico e quindi danno alla salute dell'istante, dimorante nelle adiacenze (Pret. Torino, ord. 19 luglio 1988, in *Foro it.*, 1988, I, 3442). Sul punto, v. L. CORAGGIO, *La teoria dei diritti indegradabili: origini ed attuali tendenze*, cit., 483.

[106] Sulla base di tale motivazione, la Cassazione ha cassato la decisione di merito che aveva condannato la pubblica amministrazione ad istituire appositi spazi di par-

nucleo, secondo il diritto vivente, possono ammettersi compressioni, ma solo in presenza di eccezionali circostanze ed a fronte di interessi di pari o superiore grado[107].

Nei limiti invece dell'estraneità a tale nucleo essenziale anche il diritto fondamentale vive in un regime ordinario di possibile *bilanciamento* rispetto ad opposti interessi e ciò sia nella sua dimensione di pretesa a prestazioni positive (che possono essere rifiutate in relazione ai limiti organizzativi del servizio sanitario) sia nella sua dimensione di pretesa all'astensione da comportamenti lesivi posti in essere, per la cura di interessi generali, dall'amministrazione o da soggetti privati da questa autorizzati[108].

Anche nella giurisprudenza delle Corti europee sembra rinvenirsi una simile distinzione tra nucleo essenziale del diritto alla salute e diritto ad un ambiente salubre. In particolare, nell'ambito della Cedu, la materia ambientale costituisce uno dei settori in cui trova applicazione la c.d. dottrina del *margine di apprezzamento*[109], che apre la strada al bilanciamento dei valori in campo,

---

cheggio per i fruitori del servizio di emodialisi, in prossimità del luogo dove veniva erogato il servizio (Cass., sez. un., 1 agosto 2006, n. 17461); in proposito, oltre al particolare valore sacrificato, si richiede anche la gravità della lesione e cioè «*la dimostrazione di una sua effettiva compromissione, mentre non è sufficiente la prova di un mero disagio o di una semplice esposizione al rischio*» (*Ibid.*).

[107] Talvolta tutti inerenti al medesimo soggetto, come nel caso ad esempio, dell'eutanasia, in cui la tutela della vita confligge con la libertà di autodeterminazione dell'individuo.

[108] Si noti che, fuori dal *nucleo essenziale*, per le posizioni pretensive, la Cass. ha rinvenuto «*una situazione soggettiva di interesse legittimo stante la discrezionalità riconosciuta all'autorità amministrativa di soddisfare tempestivamente le esigenze del richiedente scegliendo tra le possibili opzioni praticabili – anche attraverso un'opportuna integrazione tra le potenzialità delle strutture pubbliche con quelle private convenzionate – la soluzione reputata più adeguata alla finalità di piena efficienza del servizio sanitario*» (Cass., sez. un., 1 agosto 2006, n. 17461).

[109] P. TANZARELLA, *Il margine di apprezzamento*, in M. CARTABIA (a cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, cit., 145, ove si individuano posizioni indegradabili nell'ambito della Cedu. Con riguardo al settore dei rifiuti la discrezionalità dello Stato italiano è stata ritenuta dalle Corti, in più occasioni, violata. Così la Corte di Giustizia, 9 novembre 1999, C-365/97, Commissione c. Italia (caso rifiuti tossici del vallone San Rocco), a fronte di gravi danni am-

rimettendo alle autorità nazionali la concreta determinazione del diritto ad un ambiente salubre e le contrapposte esigenze di interesse generale – tra cui la promozione del benessere economico del Paese[110] –.

Tuttavia, se la Corte riconosce un ampio margine di apprezzamento laddove si tratti di bilanciare interessi pubblici e privati concorrenti o diversi diritti protetti dalla Convenzione[111], tale margine è invece più stretto laddove entrino in gioco aspetti fondamentali dell'esistenza o dell'identità dell'individuo[112] o i diritti garantiti dalle prime norme della Convenzione. Sicché, quando il

bientali, ha fatto dipendere la condanna dal mancato intervento del Ministero per il ripristino della situazione ambientale. In questa situazione la Corte, pur riconoscendo che la direttiva violata non è volta ad attribuire diritti ai singoli chiarisce che essa impone allo Stato di assicurare che i rifiuti siano recuperati o smaltiti «*senza pericolo per la salute dell'uomo e senza recare pregiudizio all'ambiente*» e nonostante sussista «*un potere discrezionale nella valutazione della necessità di tali misure*» un «*degrado rilevante dell'ambiente per un periodo prolungato senza intervento delle autorità competenti*», rivela che gli Stati membri hanno «*oltrepassato il potere discrezionale che questa disposizione conferisce loro*». La responsabilità si estende, peraltro, ai versamenti illeciti posti in essere da imprese sottoposte alla vigilanza dello Stato. Analogamente Corte di Giustizia, sez. IV, 4 marzo 2010, C-297/08, Commissione c. Italia (Caso rifiuti in Campania) ha ritenuto che rispetto all'inadempimento dello Stato non rilevi «*l'opposizione manifestata dalla popolazione locale*» né «*la presenza di organizzazioni criminali*» né l'inadempimento delle imprese incaricate: «*un'amministrazione diligente avrebbe dovuto adottare le misure necessarie a tutelarsi contro inadempimenti contrattuali come quelli avvenuti in Campania o a garantire che*, *nonostante tali mancanze, fosse assicurata la realizzazione effettiva e nei tempi previsti delle infrastrutture necessarie allo smaltimento dei rifiuti della regione*». Sicché la responsabilità dello Stato sorge per aver omesso di «*adottare le misure necessarie per assicurare che i rifiuti siano smaltiti senza pericolo per la salute dell'uomo e senza recare pregiudizio all'ambiente*» Anche la C.edu, investita della questione, tra l'altro richiamandosi alla giurisprudenza comunitaria, ha dichiarato la violazione dell'art. 8 Cedu (tuttavia, in mancanza di dimostrazione di danni gravi alla persona, ha ritenuto satisfattiva la mera pronuncia della condanna, senza ad essa accompagnare la liquidazione di un importo ulteriore alle spese processuali). La C.edu ha inoltre riconosciuto la violazione dell'art. 13, per la mancanza nell'ordinamento interno di una via di ricorso effettivo volta a permettere la riparazione del danno, e, conseguentemente, la rimozione dei rifiuti (C.edu, 10 gennaio 2012, C-30765/08).

[110] C. edu, *Grande Chambre*, *Hatton and others v. U.K.*, 8 luglio 2003, § 121.

[111] C.edu, *Grande Chambre*, *Odiévre* § 44-49.

[112] C.edu, *Grande Chambre*, *Christine Goodwin*, § 90.

diritto all'ambiente salubre diviene nucleo essenziale del diritto alla salute, il margine di apprezzamento svanisce per ripresentarsi solo allorché venga in gioco il necessario bilanciamento con interessi di pari livello[113].

Si delinea in questo quadro una scissione di regime. Nel suo nucleo di indegradabilità ogni compromissione del diritto si presenta di regola come illecita[114]. Essa deve essere in primo luogo inibita e quale *extrema ratio* risarcita.

Di responsabilità da atto lecito potrà parlarsi unicamente in quelle eccezionalissime ipotesi in cui, per superiori esigenze di interesse generale, sia ammissibile la lecita compressione del diritto fondamentale della persona, pur nella sua essenza. Come avviene nel caso delle vaccinazioni obbligatorie in cui, preservandosi la collettività da importanti patologie, può legittimamente accettarsi il rischio (che statisticamente costituisce una certezza) di danni gravi alla salute dei soggetti colpiti dalla reazione avversa.

Sono queste ipotesi che seppur debbano reputarsi eccezionalissime, come si è detto, non sono tuttavia remote. Esse ricorrono, ad esempio, in tutti i casi in cui un danno grave alla persona nelle sue dimensioni costituzionalmente garantite consegua allo svolgimento (o all'autorizzazione) da parte dell'amministrazione di attività pericolose, legittimamente assunte o acconsentite in applicazione del principio di precauzione (il quale, com'è noto, non esclude lo svolgimento di qualsiasi azione rischiosa ma solo di quelle per le quali, sulla scorta di un'istruttoria tecnica e di un procedimento partecipato, emerga un rischio inaccettabile, in quanto non solo *possibile* ma anche *probabile*[115]). Anche in

---

[113] P. TANZARELLA, *Il margine di apprezzamento*, cit. la quale individua posizioni indegradabili nell'ambito della Cedu.

[114] Per il concetto e la rappresentazione della condizione di illiceità del potere pubblico rispetto alla violazione del diritto, per tutti, ALB. ROMANO, *Amministrazione, principio di legalità e ordinamenti giuridici*, cit., 1999.

[115] Sul punto, e per ogni svolgimento del principio, v. F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione*, cit., ed *ivi* ogni ulteriore indicazione.

queste circostanze sorgono ulteriori ipotesi di responsabilità da atto lecito. Le quali coprono in sostanza l'intero perimetro del principio di precauzione e ne costituiscono il logico svolgimento sul piano della responsabilità. In tali ipotesi la responsabilità dello Stato (*lato sensu* inteso) ha a suo fondamento non solo la sua posizione istituzionale ma anche il principio del rischio nella sua accezione classica di cui all'art. 2050 c.c. ed implicante anche il rischio c.d. da sviluppo scientifico[116].

9. (*Segue*) *L'opera pubblica nociva oltre il contenuto essenziale del diritto: dalla responsabilità al principio compensativo*

Oltre il limite dato dall'essenza del diritto, il problema della responsabilità da atto lecito sembra atteggiarsi diversamente: in quest'ambito, la possibilità di imporre sacrifici anche a diritti fondamentali quali la salute, sembra connaturata al pluralismo che caratterizza il nostro ordinamento costituzionale e alla dimensione relazionale di tutti i diritti, valevole oltre che nei loro reciproci rapporti anche rispetto agli interessi generali della collettività. Emerge, quindi, la possibilità per il legislatore di attuare tale dimensione relazionale conformando limitativamente il diritto ed eventualmente attribuendo all'amministrazione poteri discrezionali in ordine al bilanciamento tra le opposte istanze.

In questi ambiti la tutela del diritto (sia di fronte al legislatore che all'amministrazione) si incentra dunque sull'applicazione dei principi procedimentali e sostanziali che garantiscono la correttezza del bilanciamento. Ma su questo piano, che pur impone un rigoroso *test* di adeguatezza e di necessità dell'azione pubblica verificate nel confronto tra tutte le parti interessate[117],

---

[116] Sul punto M. FRANZONI, *L'illecito*, cit.

[117] Si noti che in questi ambiti (ambiente e salute) la partecipazione assume connotazioni diverse rispetto agli omologhi istituti riferibili ad altri settori. Sia per i princìpi cui si riferiscono (di democrazia partecipativa) sia per il regime. La norma di base è la Convenzione di Aarhus, stipulata ad Aarhus (Danimarca) il 25 giugno 1998 e ratificata con l. n. 108/2001; è noto che tale convenzione impone elevati *standard*

tale tutela sembra tuttavia anche esaurirsi generando, non di rado, un percettibile senso di ingiustizia e connessi conflitti istituzionali e sociali[118].

Invero, anche a questo proposito sembrano oggi prospettabili ulteriori sviluppi, da inquadrarsi nella rappresentazione di due possibili scenari: quello delle limitazioni generali e quindi generalmente conformative del diritto (si pensi, ad esempio, ai limiti all'assistenza sanitaria in relazione a determinate presta-

---

partecipativi per tutte le decisioni (anche legislative) riguardanti attività che possono avere effetti significativi sull'ambiente. Essa innanzitutto non pone limiti soggettivi: ammette alla partecipazione il *pubblico interessato* a prescindere da qualificazioni più o meno formali. Essa inoltre indirizza la partecipazione non al procedimento amministrativo ma ai *processi decisionali:* alla *decisione pubblica*, alla *elaborazione* di piani, programmi, politiche, alla *elaborazione* di norme; e a tal fine pretende che la partecipazione si esplichi quando tutte le opzioni sono ancora possibili. E non si esaurisce nel passivo consentire la partecipazione degli interessati ma implica un'attività volta al coinvolgimento del pubblico nelle decisioni. Si segnala peraltro che tali pretese partecipative sono oggi rafforzate sia dall'adesione dell'Unione Europea alla convenzione sia dalla loro trasformazione in *diritti dell'uomo*, suscettibili di essere fatti valere innanzi all'omonima Corte Europea. La chiave formale utilizzata per far entrare queste pretese nell'ambito di applicazione della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo è l'articolo 8, secondo cui ogni persona ha il diritto al rispetto della propria vita privata, familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza, e, aggiunge il secondo comma, in tali ambiti non può esservi ingerenza dell'autorità pubblica. Così nel 2009 la Corte europea ha chiamato in causa proprio la Convenzione di Aarhus in merito alle immissioni di cianuro confluite nel Danubio nel noto disastro del 2000 (C.edu, *Tatar contro Romania* 27 gennaio 2009). In questa circostanza la Corte ha ritenuto che la Romania avesse violato l'articolo 8 della Carta perché erano stati violati gli obblighi di informazione preventiva relativamente allo stabilimento dal quale si era generato l'incidente.

[118] Come recentemente segnalato, «*a fine 2009, sono almeno 283 le opere pubbliche oggetto di contestazione, quasi un centinaio in più rispetto a quelle censite nel 2005. La stragrande maggioranza di esse afferisce al settore elettrico e, all'interno di questo, con ben 133 casi, agli impianti per la produzione di energia. Più della metà – ma solo per il maggior numero di progetti presentati – è rilevata nelle regioni del Nord, mentre le altre si distribuiscono equamente tra quelle del Centro e del Sud. L'opposizione è espressa per lo più da movimenti di cittadini (il 40,7%) e da enti territoriali (31,4%), in particolare comuni (23,8%). Alla base, vi sono principalmente ragioni legate all'impatto ambientale (26,1%) e alle carenze procedimentali, soprattutto nel coinvolgimento degli interessati (17,9%)*» (A. TONETTI, *Localizzazione e consenso nel programma di rilancio del nucleare in Italia*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 5).

zioni) e quello delle limitazioni singolari, che non conformano in via generale il diritto, ma pongono sacrifici individuali.

È questa infatti l'area del c.d. *margine di apprezzamento* evocato, in ordine ai diritti protetti dalla Cedu, dalla Corte di Strasburgo; è qui che la Costituzione ammette il legislatore a definire il contenuto e i limiti del (pur fondamentale) diritto (ulteriori rispetto alla sua *essenza*) ed il suo regime e consente che siano conferiti, in relazione a bilanciamenti che richiedano una concreta ponderazione delle situazioni, i relativi poteri discrezionali o tecnici all'amministrazione[119]. E in tale area, se a fronte di conformazioni generali del diritto, che riguardano indistintamente tutti i suoi portatori, non sembra porsi un problema di c.d. responsabilità da atto lecito, tale problema sembra invece emergere riguardo ai sacrifici singolari, che discriminano un portatore (o un gruppo di portatori) del diritto rispetto agli altri. È il caso della localizzazione di discariche, di termovalorizzatori e, in generale di opere e infrastrutture nocive o aventi esternalità negative. Qui il principio di responsabilità da atto lecito, principio che per le lesioni dell'essenza del diritto deriviamo dall'ordinamento generale, in relazione a compressioni di grado minore, cede il campo ad un principio compensativo, di matrice pubblicistica.

Il quale sembrerebbe doversi ricondurre alla proporzionalità dell'azione amministrativa, quale suo sviluppo ulteriore, rispondente ad una sua più matura concezione, intesa a rendere accettabile un sacrificio altrimenti inaccettabile, a rendere tollerabile una disuguaglianza altrimenti intollerabile, a rendere il diritto più mite anche nelle sue manifestazioni più severe[120].

---

[19] Sul ruolo istituzionale dell'amministrazione rispetto alla cura concreta degli interessi pubblici e per la possibile configurazione di una riserva in tal senso, intesa come riserva di valutazione discrezionale, per tutti ALB. ROMANO, *Introduzione*, cit.; D. VAIANO, *La riserva di funzione amministrativa*, Milano, 1996.

[120] Sul punto, oltre a rinviarsi alla suggestiva idea di Gustavo ZAGREBLSKY (*Il diritto mite*. *Legge, diritti, giustizia,* Torino, 1997), per il contrasto tra l'idea di un diritto mite e il suo risvolto necessariamente severo v. S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità*, cit., 228 ss.

E in tale risvolto, imprescindibile è il richiamo alla solidarietà che, in assenza di un vero e proprio danno ingiusto, impone di compensare il sacrificio individuale corrispondente a un vantaggio collettivo: sarebbe infatti contrario ai doveri costituzionali di solidarietà se la collettività si disinteressasse degli svantaggi sopportati da alcuni nell'interesse di tutti. Così come, per converso, sarebbe contrario ai medesimi doveri se il singolo o la medesima collettività, correttamente compensati, si opponessero strenuamente alla realizzazione di un'opera che, pur degradando in certa misura l'ambiente e la sua salubrità, fosse necessaria al perseguimento di interessi generali correttamente ponderati nell'ambito di procedimenti aperti e ispirati alla ricerca del consenso e del compromesso tra le diverse istanze.

Non è un caso se proprio uno dei settori in cui si manifesta più prepotentemente tale esigenza compensativa – cioè l'ambiente – sia governato dal principio dello sviluppo sostenibile, che pone in primo piano proprio una regola di solidarietà e di uguaglianza non solo intergenerazionale ma anche – e soprattutto per ciò che qui rileva – infragenerazionale[121].

La legislazione e la prassi dell'amministrazione sembrano avvertire infatti proprio in questo settore l'esigenza che l'eventuale sacrificio imposto al singolo o ad una specifica collettività locale sia compensato (il che non vuol dire *monetizzato*); e sembrano ricondurre tale esigenza proprio alla necessità di ripristinare la corretta proporzionalità dell'azione amministrativa.

Compaiono così nelle leggi, sempre più di frequente, previsioni di possibili compensazioni del danno ambientale, generato alla collettività locale cui è imposto il sacrificio.

In questa sua componente ambientale e collettiva compensazione vuol dire innanzitutto ripristino, per quanto possibile, dell'ambiente degradato. Così, a questo fine, il d.l. n. 90/2008, a

---

[121] Sulla duplice dimensione di tale principio v. P. DELL'ANNO, *Principi di diritto ambientale europeo e nazionale*, Milano, 2004; per un generale inquadramento del principio tra etica e diritto, F. FRACCHIA, *Lo sviluppo sostenibile. La voce flebile dell'altro tra protezione dell'ambiente e tutela della specie umana*, cit.

proposito dei rifiuti campani, ha previsto lo stanziamento di un fondo per le misure compensative[122]. Misure compensative sono poi previste in materia energetica[123] (anche nel settore delle rinnovabili[124], del nucleare[125], del gas[126]). Ancora, misure compensative sono contemplate in relazione alle infrastrutture strategiche nazionali[127]. Più in generale si riferiscono alle misure compensa-

---

[122] Per tali interventi di compensazione ambientale e bonifica, concordati prima in sede di accordo di programma tra le parti e poi dotati di una provvista finanziaria e di una copertura di legge, v., gli artt. 9, co. 7 e 11 del d.l. 90/2008.

[123] Si v. l'art. 1, comma 4, lett. *f*), della legge n. 239/2004 (*Riordino del settore energetico, nonché delega al Governo per il riassetto delle disposizioni vigenti in materia di energia*), il quale dispone che: «*Lo Stato e le regioni, al fine di assicurare su tutto il territorio nazionale i livelli essenziali delle prestazioni concernenti l'energia nelle sue varie forme e in condizioni di omogeneità sia con riguardo alle modalità di fruizione sia con riguardo ai criteri di formazione delle tariffe e al conseguente impatto sulla formazione dei prezzi garantiscono*: […] f) *l'adeguato equilibrio territoriale nella localizzazione delle infrastrutture energetiche, nei limiti consentiti dalle caratteristiche fisiche e geografiche delle singole regioni, prevedendo eventuali misure di compensazione e di riequilibrio ambientale e territoriale qualora esigenze connesse agli indirizzi strategici nazionali richiedano concentrazioni territoriali di attività, impianti e infrastrutture ad elevato impatto territoriale*».

[124] Le misure compensative, in prima battuta escluse dalla legge nel settore delle energie rinnovabili (e, in particolare, dall'art. 1, comma 4, lett. *f*, della legge n. 239/2004), sono state reinserite per mano della Corte costituzionale che ha dichiarato l'illegittimità dell'esclusione (C. cost., n. 383/2005).

[125] Sul punto si v. sia l'art. 4 del d.l. n. 314/2003, per il deposito nucleare; sia il d.lgs. n. 31/2010 che, sino all'abrogazione referendaria, prevedeva sia un'articolata disciplina delle compensazioni sia delle tecniche consensuali e partecipative per la risoluzione del conflitto sociale e istituzionale, su cui si v. A. TONETTI, *Localizzazione e consenso nel programma di rilancio del nucleare in Italia*, cit.

[126] Si v. l'art. 2, c. 558-560, l. n. 244/2007, per i siti di stoccaggio del gas.

[127] E cioè alle opere di cui alla legge obiettivo per le quali si prevede che il progetto evidenzi, anche «*con apposito adeguato elaborato cartografico, le aree impegnate, le relative eventuali fasce di rispetto e le occorrenti misure di salvaguardia, dovrà inoltre indicare ed evidenziare anche le caratteristiche prestazionali, le specifiche funzionali ed i limiti di spesa dell'infrastruttura da realizzare, ivi compreso il limite di spesa per le eventuali opere e misure compensative dell'impatto territoriale e sociale comunque non superiori al 5 per cento dell'intero costo dell'opera e dovrà includere le infrastrutture ed opere connesse, necessarie alla realizzazione; dalla percentuale predetta sono esclusi gli oneri di mitigazione di impatto ambientale individuati nell'ambito della procedura di v.i.a.*» (così l'art. 3, co. 3, d.lgs. n. 190/2002, come modificato dall'art. 2, d.lgs. n. 189/2005 ed ora confluito nell'art. 165, c. 3 d.lgs. n. 163/2006).

tive come elementi necessari dello studio d'impatto ambientale e del rapporto ambientale la disciplina della valutazione d'impatto ambientale, della valutazione d'impatto strategica[128] e della valutazione di incidenza ai sensi della c.d. direttiva habitat[129]. Quest'ultima soprattutto è particolarmente eloquente in ordine alla funzione del principio di compensazione laddove prevede che «*qualora, nonostante conclusioni negative della valutazione dell'incidenza sul sito e in mancanza di soluzioni alternative, un piano o progetto debba essere realizzato per motivi imperativi di rilevante interesse pubblico, inclusi motivi di natura sociale o economica, lo Stato membro adotta ogni misura compensativa necessaria per garantire che la coerenza globale di Natura 2000 sia tutelata. Lo Stato membro informa la Commissione delle misure compensative adottate*»[130].

Le misure compensative hanno cioè la funzione di ristabilire un equilibrio violato, consentendo così un'azione altrimenti illegittima: si prevede cioè che «*l'eventuale esito negativo della valu-*

---

[128] Si v. sul punto la dir. 85/337/CEE, art. 5 e dir. 2001/42/CE, art. 5 in combinato con il relativo all. 1.

[129] Si tratta della dir. 92/43/CEE relativa alla conservazione degli habitat naturali e seminaturali e della flora e della fauna selvatiche.

[130] Così l'art. 6, par. 4, dir. 92/43/CEE. Sull'interpretazione della norma v., da ultimo, Corte di Giustizia, *Marie-Noëlle Solvay e a. c. Région wallonne*, 12 febbraio 2012, C-182/10 in cui si afferma che «*L'articolo 6, paragrafo 4, della citata direttiva, in quanto disposizione derogatoria rispetto al criterio di autorizzazione previsto dal secondo periodo del paragrafo 3 del citato articolo, dev'essere interpretato restrittivamente (v. sentenza del 20 settembre 2007, Commissione/Italia, cit., punto 82). Esso può applicarsi soltanto dopo che gli effetti di un piano o di un progetto siano stati analizzati conformemente all'articolo 6, paragrafo 3, della direttiva «habitat». Infatti, la conoscenza di tali effetti, con riferimento agli obiettivi di conservazione relativi al sito in questione, costituisce un presupposto imprescindibile ai fini dell'applicazione di detto articolo 6, paragrafo 4, dato che, in assenza di tali elementi, non può essere valutato alcun requisito di applicazione di tale disposizione di deroga. L'esame di eventuali motivi imperativi di rilevante interesse pubblico e della questione se sussistano alternative meno dannose richiede, infatti, una ponderazione del pregiudizio che deriverebbe al sito dal piano o dal progetto previsti. Inoltre il pregiudizio del sito dev'essere identificato con precisione, al fine di poter stabilire il tipo delle eventuali misure compensative*».

tazione di incidenza, in assenza di soluzioni alternative, possa essere superato mediante la previsione di misure compensative»[131].

Anche l'urbanistica, da sempre considerata terreno di un'insuperabile disuguaglianza[132], data dalla *penna* del pianificatore, si apre oggi ad una più radicale attuazione della proporzionalità delle sue scelte attraverso l'affinarsi della tecniche perequative e il loro volgersi ad una duplice ed equa distribuzione: che riguarda, da un lato, la parità di trattamento tra i proprietari, nella distribuzione di diritti edificatori nascenti dalla pianificazione e degli oneri derivanti dalla realizzazione delle dotazioni territoriali; e che, dall'altro, secondo le più recenti esperienze, assume le forme di una perequazione diffusa tra tutti i membri della collettività attuata attraverso il prelievo di una parte della c.d. rendita fondiaria, vale a dire della plus-valenza occasionata dalle scelte pianificatorie, e la sua destinazione in favore del pubblico (attraverso la realizzazione di opere o servizi pubblici o l'acquisizione delle relative aree)[133].

---

[131] TAR Molise, sez. I, n. 52/2011. Sul punto v. TAR Lombardia, sez. III, n. 765/2011, che riconduce all'affidamento la previsione di compensazioni disposte dall'Autorità per l'energia elettrica e il gas in favore dei venditori cui erano state imposte determinate misure (eliminazione della c.d. *soglia di invarianza* con incidenza su contratti pendenti) per contenere i prezzi nei confronti degli utenti. La legittimità di tali misure è stata infatti fondata sia sui possibili limiti all'attività economica in funzione di esigenze di utilità sociali sia alla previsione «*di strumenti compensativi diretti proprio ad evitare che gli oneri derivanti da tale eliminazione possano restare a carico degli operatori della filiera, sicché le misure compensative rappresentano uno strumento idoneo a salvaguardare l'affidamento degli operatori … il meccanismo compensativo previsto … serve proprio ad impedire che il venditore grossista possa sopportare definitivamente gli oneri correlati alla eliminazione della soglia di invarianza*».

[132] Per tutti, P.S. RICHTER, *Profili funzionali dell'urbanistica*, cit.

[133] P. STELLA RICHTER, *La perequazione urbanistica*, cit., 169 ss.; P. MANTINI, *Scenari evolutivi del diritto urbanistico*, cit., 111 ss.; S. AMOROSINO, *A.M. Sandulli e il regime dei suoli: un riformista non sufficientemente riconosciuto*, cit., 1 ss.; A. POLICE, *Gli strumenti di perequazione urbanistica: magia evocativa dei nomi, legalità ed effettività*, cit., 3 ss.; P. URBANI, *I problemi giuridici della perequazione urbanistica*, cit., 2002, 587; ID., *Ancora sui principi perequativi e sulle modalità di attuazione nei piani urbanistici*, in *Riv. giur. urb.*, 2004, 509 ss.; E. BOSCOLO, *Le perequazioni da semplificare*, in *Riv. giur. urb.*, 2012, 47 ss.

Di là dalle discussioni e dagli ampi problemi generati da simili modelli perequativi, la giurisprudenza ne ha di recente riconosciuto la legittimità, valorizzando non solo la potestà pianificatoria comunale ma anche la possibilità di ricorrere a strumenti privatistici e consensuali per il perseguimento dell'interesse pubblico ad una più completa ed equilibrata gestione del territorio[134]. Anche l'urbanistica (quasi più che l'ambiente in senso stretto) si appresta così a divenire strumento di sviluppo sostenibile (nei suoi tre pilastri economico, sociale e ambientale[135]) e ad accogliere, quale risvolto della proporzionalità delle scelte pianificatorie, un principio compensativo, soprattutto degli svantaggi imposti ad alcune zone in vista del vantaggio generale.

Nuove forme compensative affiorano poi nella prassi. La quale riguarda svariati settori, tra cui il settore delle ordinanze contingibili e urgenti, che possono determinare la temporanea compressione di tutti i diritti costituzionalmente garantiti[136], il settore dell'esecuzione di lavori pubblici e il settore della realizzazione di grandi opere pubbliche. Qui, in particolare, la compensazione dei sacrifici imposti è derivata, pragmaticamente, dalla necessità di attuare decisioni di localizzazione bloccate, in via di fatto, dall'opposizione di collettività ed enti locali. Si noti che i conflitti che si sono avuti in questi ambiti sono stati accentuati dal mancato coinvolgimento delle collettività colpite dagli svantaggi delle opere nei procedimenti decisionali: si tratta di procedimenti generalmente avocati al livello territoriale più ele-

---

[134] Il riferimento è al Cons. St., sez. IV., n. 4545/2010.

[135] Al riguardo, L. CASINI, *L'equilibrio degli interessi nel governo del territorio*, Milano, 2005.

[136] Sul punto si v. quanto osservato da R. CAVALLO PERIN, che segnala la questione, ricordando come «*il potere di ordinanza di necessità ed urgenza in materia di riserve relative di legge è ricordato anzitutto come potere pubblico che sottrae a taluni, in via temporanea e d'eccezione, beni che l'ordinamento protegge con la definizione dei diritti soggettivi, ed è naturale in tali casi considerare che il sacrificio del singolo a favore della collettività sia compensato con il pagamento da parte dell'amministrazione di un congruo indennizzo*» (*Il diritto amministrativo dell'emergenza per fattori esterni all'amministrazione pubblica*, cit., 777).

vato, semplificati e accelerati e privi di momenti partecipativi (o con fasi partecipative compresse): e ciò non solo nel caso di situazioni di emergenza[137]. La ragione dell'esclusione è ovvia, poiché il coinvolgimento dei naturali *oppositori* delle decisioni potrebbe determinarne il blocco, visto ora in termini di «*tragedia*» o di «*trappola*»[138].

Tuttavia è evidente come in tal modo la «tragedia» non venga realmente evitata ma solo rimandata. Le collettività locali, escluse dalle fasi di decisione, tendono ad imporre il loro punto di vista in fase di esecuzione: ricorrono a blocchi e proteste e chiedono in tal modo di partecipare alle decisioni e di essere compensate dagli svantaggi imposti per il bene comune. Non è un caso se proprio in relazione alla realizzazione delle opere pubbliche, soprattutto di quelle nocive, si siano sviluppati inte-

---

[137] Si v. i procedimenti semplificati per l'approvazione di infrastrutture strategiche di preminente interesse nazionale, per le quali si v. ora gli artt. 161 ss. del d.lgs. 163/2006 (codice dei contratti pubblici); sul punto A. TONETTI, *La partecipazione nelle procedure di localizzazione di opere pubbliche: il caso italiano*, in *È possibile realizzare le infrastrutture in Italia?*, cit., 168 ss. Si segnala al riguardo che alcune leggi regionali si collocano nella direzione dell'apertura alla partecipazione: istruttorie e inchieste pubbliche sono previste, almeno sulla carta, dalla l.r. Sardegna 22 agosto 1990, n. 40, art. 18; l.r. Abruzzo 3 marzo 1999, n. 11, art. 11; la l.r. Liguria 3 dicembre 2007 n. 39 afferma espressamente il principio della partecipazione degli enti e delle comunità locali nelle scelte relative alla realizzazione delle grandi opere infrastrutturali di interesse nazionale e regionale; da ultimo la plaudita l.r. Toscana 27 dicembre 2007, n. 69, con un'apertura ancor maggiore verso modelli di democrazia partecipativa, istituisce un'Autorità deputata ad assicurare la partecipazione pubblica e, tra le forme di tale partecipazione, tipizza il dibattito pubblico. Il problema, in parte superato dalla partecipazione nei procedimenti di valutazione di impatto ambientale, è in ogni caso attuale e riguarda tutti i procedimenti sottoposti alla disciplina ordinaria della conferenza di servizi di cui agli artt. 14 ss. l. n. 241/90, che non contempla la misure partecipative (diversamente ad es. dalle conferenze nel campo delle attività produttive per le quali il d.lgs. 160/2010 prevede la partecipazione degli interessati). Sui problemi della partecipazione dell'ambito dei procedimenti in conferenza di servizi sia consentito rinviare a E. SCOTTI, *La conferenza di servizi tra urbanistica e ambiente*, in *Riv. giur. urb.*, 2010, 295 ss.

[138] M. HELLER, *The Tragedy of the Anticommons: Property in Transition from Marx to Markets*, cit.; F. SCHARPF, *The Joint Decision Trap: Lessons from German Federalism and European Integration* cit.; J. WALDRON, *Law and disagreement.* cit., 1998.

ressanti filoni di ricerca relativi sia alla tipologia e alla natura delle forme compensative, sia all'equità, nelle sue dimensioni di equità sostanziale[139] e procedurale[140].

Le quali evidenziano la complessità delle questioni compensative, la loro natura intrinsecamente pubblicistica e discrezionale, la loro collocazione sul terreno dei principi solidaristici, equitavivi e il loro intrinseco legame con i principi partecipativi e consensuali. Sembra confermarsi così questa ulteriore dimensione della *responsabilità da atto lecito*, quale canone di più piena e moderna applicazione dei principi di proporzionalità e di legalità dell'azione amministrativa. E, nel silenzio del legislatore, emerge la necessità di una sua riconduzione a sistema, di una sua più organica giuridicizzazione, quale alternativa a soluzioni contingenti dettate dalla necessità di consentire, in alternativa alla *manu militari*, la realizzazione delle opere pubbliche[141] o di ripri-

---

[139] Per uno stimolante inquadramento dei problemi della compensazione e dei diversi modelli in una prospettiva di analisi economica E. BAFFI, *Il problema delle* noxius facility *e le misure compensative*, in A. MACCHIATI, G. NAPOLITANO, *È possibile realizzare le infrastrutture in Italia*, cit., 139 ss.

[140] Questa dimensione della partecipazione è oggi inquadrata in una prospettiva di *democrazia partecipativa* (su cui U. ALLEGRETTI, *Democrazia partecipativa*, e R. BIFULCO *Democrazia deliberativa*, entrambi in *Enc. dir. Annali*, 2011, *ad vocem*). In Italia tale sindrome è particolarmente accentuata poiché manca la regolamentazione sia di negoziazioni tra promotori dell'opera e popolazioni locali sia di procedure di partecipazione pubblica, come invece in Francia e in Inghilterra. Ma anche rispetto a queste procedure sussiste un forte criticismo circa la loro effettiva capacità inclusiva e circa la loro idoneità a risolvere ogni problema di democraticità e di accettazione di scelte di questo tipo (sulla questione, anche in un'ottica comparativa, v. S. CASSESE, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Saggio di diritto comparato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2007, 13 ss.; L. CASINI, *L'inchiesta pubblica, analisi comparata*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2007, 43; ID., *La partecipazione nelle procedure di localizzazione delle opere pubbliche. Esperienze di diritto comparato*, in A. MACCHIATI, G. NAPOLITANO, *È possibile realizzare le infrastrutture in Italia*, cit., 139 ss.

[141] Si prenda ad esempio il caso, molto noto, della linea ferroviaria ad alta velocità Lione-Torino (tratto della più ampia linea Lione-Budapest). Il progetto è stato inserito tra le priorità europee con decisione 1692/96/CE. La decisione non è stata preceduta da consultazioni pubbliche di livello europeo. Per la parte di pertinenza italiana la proposta fu avanzata dal Governo italiano senza l'intervento delle autorità regionali o locali. E senza il coinvolgimento dei portatori degli interessi locali, in par-

stinare un'equità di cui ormai si avverte l'immanenza nell'azione amministrativa. E, non secondariamente, per giustificare decisioni di spesa, altrimenti foriere di responsabilità per gli amministratori pubblici.

---

ticolare dei gruppi organizzati contrari alla realizzazione del progetto alta velocità (S. Amorosino, *Gli indirizzi dell'Unione Europea per l'organizzazione del territorio comune e le funzioni statali e regionali-locali*, in *L'Europa delle reti* a cura di A. Predieri e M. Morisi, Torino, 2001). Questi soggetti hanno successivamente partecipato alla consultazione pubblica aperta nel 2003 e propedeutica ad un rapporto generale sullo stato di attuazione delle reti trans europee (*Rapporto Van Miert*, presentato alla Commissione europea il 30 giugno 2003), rappresentando i punti critici e le carenze del progetto. Ma le loro osservazioni, pur documentate, non hanno dato luogo ad alcuna rivisitazione del progetto né all'apertura di un confronto. Di fatto l'attuazione di tale progetto si è arrestata dal 2005 fino al 2008 sul tratto italiano Torino-Lione a causa del noto conflitto sociale nascente dell'opposizione delle popolazioni interessate e dagli enti locali e alimentato dalla loro esclusione dai procedimenti. Nel 2008 tale blocco è stato, in parte, superato, attraverso strumenti partecipativi e compensativi. Così il Governo italiano ha rinunciato a procedimenti decisori semplificati e accelerati che avevano ad es. consentito di evitare le procedure di valutazione di impatto ambientale sui progetti definitivi limitandole ai progetti preliminari. È stato nominato un Coordinatore europeo responsabile dell'asse. È stato poi istituito un tavolo di confronto con il Governo (Osservatorio Tecnico per il collegamento ferroviario Torino-Lione) che ha curato, pur a posteriori, la partecipazione delle collettività locali e dei loro rappresentanti pubblici e privati e che ha aperto con tali soggetti un dialogo effettivo: vi sono state 70 riunioni con circa 300 audizioni con l'intervento di 60 esperti internazionali e un confronto continuo con gli enti locali, cittadini e opinione pubblica. Ciò ha condotto, in via negoziale: *a*) ad una parziale modifica del progetto *b*) a (generose) misure compensative *c*) ad assicurare la trasparenza del procedimento e la corretta informazione delle collettività. Il conflitto si è tuttavia ricomposto solo parzialmente: molti rappresentanti degli enti locali e dei movimenti di opposizione hanno chiuso al dialogo. Sicché l'apertura dei cantieri si è talora accompagnata all'uso della forza pubblica e ad oggi sono ancora incerte sia la definitiva versione del progetto sia se tale progetto effettivamente si realizzerà (A. Algostino, *Democrazia, rappresentanza, partecipazione. Il caso del movimento no TAV*, Napoli, 2011; G. Pizzanelli, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Politiche ambientali e realizzazione delle grandi opere infrastrutturali*, Milano, 2010; V. Bettini, *TAV: i perché del NO*, Torino, 2007. Sul problema della *multilevel governance* di livello europeo e sui suoi princìpi, G. Marks, *Structural Policy and Multi-level Governance in the EC*, in *The State of the European Community: The Maastricht Debate and Beyond* a cura di A. Boulder, A.W. Cafruny, G. Rosenthal, Colo, Lynne Rienner, 1993; L. Hooghe, *Cohesion policy and European integration: building multi-level governance*. New York, Oxford University Press, 1996; S. Piattoni, *The Theory of Multi-level Governance. Conceptual, Empirical and Normative Challenges*. New York, Oxford University Press, 2010).

10. *Considerazioni di sintesi. Tra responsabilità per atto lecito e principio di compensazione*

10.1. *Sugli interessi non patrimoniali*

L'esame che si è condotto nell'ambito del presente capitolo sembra confermare la possibilità di affermare, anche a proposito degli interessi non patrimoniali della persona, la responsabilità da atto lecito dello Stato. E di qualificarla in senso non meramente declamatorio, come vera e propria responsabilità civile, in tutte le sue declinazioni, prima fra cui, la sottoposizione al diritto comune[142]. Il quale muove ormai dall'assunto che gli interessi della persona di rilevanza costituzionale non possano essere tenuti fuori dalla tutela risarcitoria[143].

Deve dunque ritenersi superato, sul piano dell'ordinamento generale e quindi anche per la p.a. che di tale ordinamento è soggetto[144], il pregiudizio che traeva dalla non patrimonialità degli interessi della persona la non indennizzabilità dei relativi danni giungendo a configurare per essi, nonostante il loro primato assiologico, una tutela diminuita rispetto alla proprietà e, in generale, agli interessi patrimoniali.

Tale superamento costituisce un dato acquisito: lo confermano le sentenze della Corte costituzionale sui trattamenti sanitari obbligatori che hanno reputato illegittima costituzionalmente la mancata previsione di ristori per i danni arrecati alla salute.

Ma se oggi nessuno più dubita che il sacrificio di tali inte-

---

[142] Su cui v. V. CERULLI IRELLI, *Diritto privato dell'amministrazione pubblica*, cit.

[143] Come si è visto il problema semmai oggi si pone per la limitazione del danno non patrimoniale (oltre alle ipotesi di reato o contemplate da altre previsioni) alle sole lesioni di diritti della persona costituzionalmente rilevanti, secondo la attaule posizione della Cassazione espressa dalle sentenze delle Sezioni Unite della Cassazione n. 26973 del 2008, più volte sopra citate.

[144] Sul punto per un inquadramento generale Alb. ROMANO, *Amministrazione, principio di legalità e ordinamenti giuridici*, cit.; e, con specifico riguardo alla responsabilità, F. SATTA, *I soggetti dell'ordinamento. Per una teoria della responsabilità civile della pubblica amministrazione*, cit., 28 ss.

ressi debba essere riparato e se, dunque, sussiste una convergenza di vedute sull'*an* della responsabilità, il problema è invece dato dalla definizione dell'ambito del rimedio e del suo regime, con particolare riferimento al *quantum* della riparazione: sono questi i fattori che, di là dalle declamazioni, determinano il livello di effettività dei diritti[145] e fanno emergere l'inadeguatezza del nostro sistema indennitario.

Sulla base di queste premesse, la questione della responsabilità da atto lecito dell'amministrazione deve essere reimpostata in via generale partendo dalla considerazione della persona e dei suoi interessi, e dalla protezione che essi oggi ricevono in un sistema ordinamentale composito e sempre più ampiamente attratto a livello europeo nella definizione dei contenuti e dei livelli minimi di tutela.

Sicché, con talune varianti che saranno via via evidenziate, il discorso assumerà qui una valenza comune ai diritti patrimoniali e non patrimoniali della persona.

10.2. *La responsabilità da atto lecito e il suo fondamento*

Muovendo dai diritti emerge un principio di responsabilità da atto lecito che si radica oggi a livello costituzionale (secondo la sua odierna articolazione multilivello). In questo contesto, l'obbligo di risarcire pienamente i diritti fondamentali gravemente lesi nel legittimo esercizio di funzioni pubbliche sembra radicarsi nell'effettività di quei diritti, di cui si consente eccezionalmente il sacrificio in vista di interessi generali: rispetto a tali diritti e alla effettività del loro riconoscimento, è infatti del tutto indifferente, a fronte della lesione del loro nucleo essenziale, l'eventuale sussistenza o insussistenza della colpa dell'amministrazione o di ulteriori connotazioni di antigiuridicità dell'attività lesiva. La legittimità della scelta non può in altri termini fondare doveri di solidarietà che, oltre alla sopportazione del sacrificio

---

[145] P. PERLINGIERI, *La responsabilità civile tra indennizzo e risarcimento*, cit.

per la perdita del diritto nella sua identità, includano anche la rinuncia al succedaneo dato dalla riparazione del pregiudizio.

È questa una compensazione peraltro imposta dalla necessità di ristabilire un equilibrio tra consociati, colmando disuguaglianze altrimenti intollerabili, per la loro afferenza a diritti fondamentali. In questo senso la responsabilità da atto lecito si connette alla posizione istituzionale dell'amministrazione quale stanza di compensazione del rischio-costo delle attività pubbliche in vista della sua redistribuzione tra tutti i contribuenti sulla base dei criteri costituzionali della partecipazione alle spese pubbliche e superando il criterio puramente casuale, di lasciare il costo dell'interesse generale sul singolo soggetto colpito dalla scelta pubblica[146].

Concorre, infine, a fondare la responsabilità da atto lecito della p.a., il criterio del rischio-pericolo, derivante dalla necessaria assunzione da parte dell'amministrazione della responsabilità di scelte precauzionali che espongono al rischio di danni la collettività. Il quale trova la sua disciplina nell'art. 2050 c.c. che, in una interpretazione costituzionalmente orientata, dovrebbe senz'altro estendersi a coprire i rischi generati, nelle loro attività precauzionali, da organizzazioni pubbliche complesse[147].

Si impone così, secondo queste direttive, la revisione delle letture che, nel nostro sistema, ad oggi fondano sulla *solidarietà* (soprattutto, di là da declamazioni, del danneggiato verso la collettività) la riparazione della lesione arrecata di diritti fondamentali della persona nel perseguimento di interessi generali e su

[146] Fondamentale è al riguardo l'impostazione data al problema nel diritto francese, per la quale si v. la chiara esposizione di M. WALINE, *Droit administratif*, cit., 474 ss. e di R. CHAPUS, *Droit administratif général*, cit., 1197 ss.

[147] Sull'assunzione di responsabilità connessa alla scelta discrezionale si v. E. CANNADA BARTOLI, *Introduzione alla responsabilità della pubblica amministrazione in Italia*, cit., 28, che tuttavia riconduce il rischio «*al tema della colpa, della diligenza*». Sul punto per il rilievo del rischio e la sua connessione con il principio di precauzione, CONSEIL D'ÉTAT, *Rapport pubblic, 2005, Responsabilité et socialisation du risque*, cit. Sulle modalità e l'ampiezza dell'assunzione del rischio nelle scelte pubbliche, F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione*, cit.

questa base giungono a giustificare sottocompensazioni dei danni inferti agli individui nell'interesse pubblico. Nella nuova prospettiva emersa in questa pagine tale riparazione appare piuttosto doversi intendere non quale misura di solidarietà ma quale risvolto immediato del diritto e della sua tutela, secondo il disposto dell'art. 24 Cost. che assicura a tutti il diritto di agire per la difesa *piena* dei propri diritti e interessi, secondo l'*acquis* europeo di effettività.

D'altro canto, rispetto alla pluralità di significati che il riferimento alla solidarietà può assumere[148], sembra opportuno ricordare come la Cassazione abbia di recente definito l'ambito e il limite dei doveri di tolleranza reciproca tra i consociati: «*Il filtro della gravità della lesione e della serietà del danno attua il bilanciamento tra il principio di solidarietà verso la vittima, e quello di tolleranza, con la conseguenza che il risarcimento del danno non patrimoniale è dovuto solo nel caso in cui sia superato il livello di tollerabilità ed il pregiudizio non sia futile. Pregiudizi connotati da futilità ogni persona inserita nel complesso contesto sociale li deve accettare in virtù del dovere della tolleranza che la convivenza impone (art. 2 Cost.)*».

Solo in questo senso la solidarietà, che già fonda la sopportazione del sacrificio del diritto individuale per l'interesse pubblico (il quale nell'ipotesi di attività lecite non è riparabile in forma specifica) può (o meglio, deve) essere richiamata anche a proposito della responsabilità dell'amministrazione; non certo, dunque, in un'ottica di nuove irresponsabilità o di speciali privilegi né, tantomeno, di contenimento della spesa pubblica[149] – non certo predicabile a fronte di lesioni serie dei diritti della persona. Un simile ordine argomentativo, in quella che è stata effi-

---

148 Sui quali si v. le illuminanti e attualissime osservazioni di E. CANNADA BARTOLI, *Introduzione alla responsabilità della pubblica amministrazione in Italia*, cit.

149 Sul punto si v. G. ZAGREBELSKY, *Problemi in ordine ai costi delle sentenze costituzionali*, in AA.VV., *Le sentenze della Corte costituzionale e l'art. 81, u.c., della Costituzione*, Milano, 1993, 123 ss.

cacemente definita «*l'ora dei diritti*»[150], non può essere evidentemente accolto. Senz'altro esso non appare più ammissibile in contesti sovranazionali che si fondano sul primato della persona e che ormai da tempo hanno avviato un percorso teso ad imporre agli Stati l'effettivo rispetto dei suoi diritti fondamentali. Tali sollecitazioni sovranazionali, che hanno condotto a pronunce di condanna nei confronti dello Stato italiano a causa delle sottocompensazioni degli espropri[151], dovrebbero indurre la Corte costituzionale a rivedere i propri orientamenti in materia, ad esempio, di danni derivanti da trattamenti sanitari obbligatori e da ingiusta detenzione (come del resto è già accaduto in materia di proprietà e se non altro per una esigenza di non discriminare interessi senz'altro gerarchicamente sovraordinati rispetto a quelli proprietari) la cui riparazione ad oggi è rimessa al legislatore e ritenuta bilanciabile con le esigenze di finanza pubblica.

10.3. *L'ambito della tutela*

Anche il problema dell'*ambito della tutela* sembra potersi definire attraverso il richiamo alla lesione dei diritti costituzionalmente tutelati, nel loro nucleo minimo. A tale nucleo danno oggi rilievo testuale l'art. 52.1 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE che evoca il «contenuto essenziale» del diritto[152] e la nostra Costituzione nel richiamare, all'art. 117, co. 2 lett. *m*), «*i livelli minimi essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale*».

---

[150] M. CARTABIA, *L'ora dei diritti*, cit.

[151] Sulla vicenda espropriativa e sulle molte condanne subite dall'Italia si rinvia al precedente Capitolo II. Per ciò che riguarda i diritti non patrimoniali, le compressioni che sono state ad oggi portate all'attenzione delle Corti sopranazionali sono state sinora qualificate come illeciti, in ragione della condotta dello Stato gravemente violativa dei margini di discrezionalità ad esso concesso dalla normativa comunitaria. Si v. in questo senso la giurisprudenza (esaminata al precedente § 8) della Corte di Giustizia e della C.edu in materia di rifiuti.

[152] Prevede l'art. 52.1 che «*Eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà*».

Oltre tali limiti infatti non v'è conformazione dei diritti ma ablazione[153] e dunque responsabilità per il loro sacrificio. Anche la Cassazione, del resto, per il danno non patrimoniale fa espresso riferimento alla grave violazione dei diritti della persona costituzionalmente tutelati e alla serietà del danno, che giudice dovrà accertare «*secondo il parametro costituito dalla coscienza sociale in un determinato momento storico*»[154].

Ma, pur avendo riguardo al contenuto minimo, la responsabilità da atto lecito sembra difficilmente configurabile riguardo ai diritti non patrimoniali.

Se per i diritti patrimoniali la questione della responsabilità da atto lecito e il confine con l'illecito è definita dalle norme costituzionali che legittimano l'espropriazione (e che ne definiscono le garanzie di base e, in particolare, la legalità, la ricorrenza di un interesse generale e l'indennizzo), per i diritti non patrimoniali la questione appare più complessa.

La garanzia del contenuto minimo dei diritti fondamentali non patrimoniali, generalmente concepiti come indegradabili, viene normalmente intesa come tale da rendere ogni compressione illecita (e fonte, per questa via, di responsabilità): in questo senso per essi non potrebbe parlarsi di responsabilità da atto lecito.

Tuttavia in quest'ambito, di là dalle importanti affermazioni teoriche della garanzia del contenuto minimo del diritto, e nonostante un consolidato orientamento del giudice ordinario nel senso dell'illiceità delle compressioni dell'essenza del diritto (che si auspica possa in certa misura sopravvivere alle recenti attrazioni alla giurisdizione amministrativa dei conflitti tra diritti fondamentali e potere pubblico), è emerso, in ipotesi eccezionali, un possibile legittimo bilanciamento del nucleo dei diritti fondamentali con interessi di pari rango (o con diverse dimensioni del medesimo interesse).

---

[153] Sul punto ALB. ROMANO, *Giurisdizione amministrativa e limiti della giurisdizione ordinaria*, cit., 289 ss.

[154] Così Cass., sez. un., n. 26973/2008.

Conflitti tra diritti nella loro essenza e legittimi bilanciamenti si sono così potuti rinvenire oltre che nei casi tipici (e la vaccinazione obbligatoria ne costituisce un esempio eloquente) negli altri non infrequenti casi di danni generati in contesti di rischio, parallelamente al farsi strada di un'amministrazione fondata sul principio di precauzione. Per tutte le conseguenze derivanti dall'attualizzarsi dei rischi che l'ordinamento ritiene legittimo siano accettati, si pone così un problema di responsabilità da atto lecito, che emerge soprattutto con riguardo alla salute.

10.4. *Estensione della responsabilità oltre i casi tipici*

Il riferimento ai diritti fondamentali consente di risolvere il problema delle modalità di estensione della responsabilità per atto lecito oltre i casi espressamente previsti. Concepita tale responsabilità quale riflesso della tutela piena del diritto inviolabile, essa può senz'altro essere accertata per mano del giudice ordinario (o del giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva) in applicazione delle norme costituzionali e sovranazionali di garanzia dei diritti della persona in combinato disposto con gli artt. 2059 per il danno non patrimoniale, 2043 per il danno patrimoniale e 2050 c.c. (concernente le attività pericolose) in tutta l'area in cui l'azione pubblica sia retta dal principio di precauzione.

Non appare a tal fine necessario sollevare la questione di legittimità costituzionale dell'omessa previsione di indennizzi da parte del legislatore che, anche in considerazione dei tempi, finirebbe per costituire un grave intralcio all'effettività dei diritti[155]. Si ravvisano già alcuni cenni in questa direzione da parte del giudice ordinario nell'applicazione dell'art. 44 t.u. espropri (che contempla i danni alla proprietà derivanti dall'esecuzione di

[155] Pone da ultimo l'accento sui tempi rispetto all'effettività della tutela Corte di Giustizia, sez. III, 30 settembre 2010, n. C-314/09 a proposito del contrasto con il diritto comunitario di regimi di responsabilità della p.a. fondati sulla colpa, pur presunta.

opere pubbliche) anche a danni non patrimoniali[156] e in quelle pronunce del giudice ordinario che hanno esteso la riparazione dei danni subiti in conseguenza di vaccinazioni oltre i casi espressamente previsti dalla norma[157].

10.5. *Il principio di compensazione*

Diverso è invece il discorso per quei casi in cui dalle attività lecite dell'amministrazione non derivi una grave e seria lesione del diritto nella sua essenza. In tali ipotesi non può parlarsi di vera e propria responsabilità; qui non sussiste un danno ingiusto ma sono ammessi poteri conformativi e potestà discrezionali dell'amministrazione (tale area corrisponde nel diritto della Cedu alla c.d. dottrina del margine di apprezzamento). In relazione a tali danni i correlativi doveri di riparazione hanno un fondamento diverso: affiorano qui, a delimitare le condizioni di legalità dell'azione amministrativa fonte di sacrificio, quei principi generali, quali l'uguaglianza, la correttezza, la proporzionalità, il non abuso, il rispetto dell'altrui affidamento, che stemperano l'autoritatività e danno un nuovo volto di civiltà giuridica all'amministrazione. Il quale sembra definirsi anche attraverso l'emergere di un principio nuovo: non di responsabilità ma di compensazione.

È questo un principio che nasce nei contesti attuativi delle scelte pubbliche ineguali (si pensi alla localizzazione di un impianto a rischio di incidente rilevante[158]), e che emerge dalla realtà dei conflitti sociali e istituzionali che ne derivano.

Vengono qui in rilievo come oggetti di una compensazione ormai avvertita come necessaria i degradi ambientali, l'esposi-

---

[156] Così Trib. Roma, sez. II, 5 settembre 2012, n. 16764, che, in relazione ai danni derivanti dalla realizzazione della tangenziale, rigetta la domanda di danno non patrimoniale ma in quanto infondata nel merito e non in quanto inammissibile.

[157] *Supra* § 2.

[158] Per una riflessione sugli affini problemi suscitati dalle scelte riguardanti (all'opposto) l'allocazione di risorse scarse «*quando beni quali la vita e la morte o la verità e l'uguaglianza siano in gioco*» si v. G. CALABRESI, P. BOBBIT, *Scelte tragiche* cit.

zione a rischi, i sacrifici imposti ai diritti fondamentali dai poteri emergenziali[159].

Per quest'ordine di problemi il principio di compensazione, quale declinazione pubblicistica del principio di responsabilità da atto lecito, è parso potersi radicare nel principio di proporzionalità e leggersi quale sua più matura formulazione intesa a rendere accettabile un sacrificio altrimenti inaccettabile, a rendere legittima un'imposizione altrimenti illegittima, a rendere mite un diritto altrimenti terribile.

Esso dunque, per tale via arricchisce il catalogo dei principi che governano e che sempre più limitano l'autonomia dell'amministrazione[160]. Ma nel contempo postula, per la sua concreta applicazione, tale autonomia o, secondo il lessico della Cedu, un *margine di apprezzamento*, necessario per adattare alle concrete circostanze la generale istanza compensativa. La quale può assumere le più disparate connotazioni: di ripristino o mitigazione ambientale, di organizzazione di servizi pubblici, di benefici per le comunità locali (borse di studio, opportunità di lavoro, assicurazioni sanitarie, ecc.) e, laddove ammessi e accettabili, di contributi economici.

A fronte della complessità e della delicatezza delle scelte rimesse all'autonomia dell'amministrazione, emergono qui tutti principi[161], anche di ordine procedimentale, che governano lo svolgimento di tale autonomia[162] e che la radicano oggi in contesti di democrazia partecipativa, generando nuove *arene* ispirate

---

[159] Sul punto si v. le osservazioni di R. CAVALLO PERIN, *Il diritto amministrativo dell'emergenza per fattori esterni all'amministrazione pubblica*, cit.

[160] Sulla quale si v., tra i numerosi contributi di ALB. ROMANO sull'argomento, la voce *Autonomia nel diritto pubblico*, cit. e sui rinnovati limiti all'autonomia in ID., *Conclusioni. Autoritarietà, consenso e ordinamento generale*, cit.

[161] Per un inquadramento generale della rilevanza dei principi v. R. CAVALLO PERIN, *I principi come disciplina giuridica del pubblico servizio tra ordinamento interno e ordinamento europeo*, cit.

[162] Su cui si v., da ultimo, ALB. ROMANO, *Conclusioni. Autoritarietà, consenso e ordinamento generale*, cit.

alle logiche del consenso[163]; i quali si impongono quale ulteriore dimensione di un'equità procedimentale necessaria alla individuazione delle concrete misure compensative[164]. E alla loro legalità.

Responsabilità e compensazione segnano così oggi, secondo una linea di continuità, un binomio funzionale alla realizzazione di una più intensa tutela dei diritti sacrificati dall'azione pubblica[165] e al ripristino dell'uguaglianza: laddove termina la responsabilità poiché la lesione dell'interesse non costituisce un danno ingiusto, emerge il principio di compensazione, che guida l'esercizio della scelta pubblica e dell'autonomia dell'amministrazione.

L'autonomia dell'amministrazione e i principi che ne definiscono la relazione con il cittadino costituiscono, dunque, anche in questa sfera, un fattore di rafforzamento della tutela diritti che, negando l'autonomia dell'amministrazione e il suo carattere funzionale[166], non sarebbe viceversa possibile assicurare. E con-

---

[163] Su queste nuove dimensioni si v. S. CASSESE, *L'arena pubblica. Nuovi paradigmi per lo Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2001, 602.

[164] L'inesistenza di un paradigma unitario per la risoluzione dei problemi di equità delle scelte non è colta solo in una prospettiva giuridica; in una prospettiva etico-economica si v. A.K. SEN, *Scelta, benessere, equità*, cit.

[165] In questa prospettiva di più intensa lettura del principio dello Stato di diritto, coerente con una prospettiva di adeguatezza e di differenziazione sembra opportuno qui ripercorrere gli assai noti i percorsi che, nella prospettiva istituzionale e del pluralismo, hanno condotto all'enucleazione del concetto di autonomia alla sua riconduzione all'interno dell'ordine costituzionale quale più radicale affermazione del principio di legalità e di democrazia nell'amministrazione, oggettivamente intesa; per i quali si v. tra i numerosi contributi di Alberto ROMANO: *Interesse legittimo e ordinamento amministrativo*, cit., 95 ss.; ID. *Autonomia nel diritto pubblico*, cit., 30; ID., *Il cittadino e la pubblica amministrazione*, cit.; ID., *Amministrazione, principio di legalità e ordinamenti giuridici*, cit.; ID., «*L'ordinamento giuridico*» *di Santi Romano, il diritto dei privati e la pubblica amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2011, 427 ss.; ID., *Introduzione*, cit. E, per una lettura dell'autonomia nel diritto privato secondo queste coordinate, anch'essa funzionale ad arricchire il quadro della tutela attraverso l'approfondimento dei problemi dei limiti interni al diritto e dell'abuso, Salv. ROMANO, *Autonomia privata*, Milano, 1957; ID., *Abuso del diritto*, cit., 168 ss.; ID. *Autonomia privata*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1956, p. 801, ora in *Scritti minori*, Milano, 1980, II, 541 ss.

[166] Per tutti, nel quadro di una complessa ricostruzione storica, si v. i contributi di B. SORDI, Tra *Weimar e Vienna*, Milano, 1987 e *Giustizia e amministrazione nell'Ita-*

sentono, in chiave di concretezza e di apertura democratica dei processi decisionali pubblici, di ricondurre il diritto alle strutture della realtà da cui è condizionato le quali, come proprio il tema che si è esplorato in questo studio dimostra, costituiscono, per esso, un limite oltre il quale esso va incontro al conflitto e alla disuguaglianza e, cioè, al suo fallimento.

---

lia liberale, cit. E, nella prospettiva costituzionale della sottoposizione dell'amministrazione alla sovranità popolare, L. CARLASSARE, *Legalità (principio di)*, in *Enc. giur.*, XVIII, Roma, 1990.